

C.J.J.M. Stolker*

'INDIAN TITLE' INDIANEN, EUROPEANEN EN DE EIGENDOM VAN DE GROND

'How can you buy or sell the sky, the warmth of the land? The idea is strange to us. If we do not own the freshness of the air and the sparkle of the water, how can you buy them?' [Chief Seattle, Suquamish Tribe, aan de Amerikaanse President, 1854]

INLEIDING

ALS WIM KLEIJN OOIET VOOR LANGERE TIJD IN AMERIKA had gezeten, dan had hij twee dingen zeker gedaan. Hij – man van treinen – had de treinreis door de bergen tussen Denver en de Amerikaanse Westkust gemaakt (en had *en passant* hij de precieze dienstregeling uit het hoofd geweten) én hij had zich diepgaand bezig gehouden met het fenomeen van de *Indian title*.¹ Het is het onderwerp waarmee Amerikaanse leerboeken over het eigendomsrecht doorgaans, zij het summier, beginnen.²

De vraag is: hoe zijn de Europese koloniale mogendheden en hun onderdanen eigenlijk aan Amerika gekomen? De aankomst van kolonisten afkomstig uit Zweden, Engeland, Frankrijk, Nederland, Spanje op de kusten van een nieuw continent dat slechts spaarzaam bewoond leek door wilden ('noble savages'), of 'roodhuiden' zoals ze wel genoemd werden, doet soevereiniteitsvragen én eigendomsvragen rijzen. Wie heeft zeggenschap over het nieuwe land? Wie is eigenaar? Het antwoord dat de studenten op die vragen krijgen ligt vervat in een beroemde uitspraak van het Amerikaanse

* Universitair hoofddocent burgerlijk recht RUL. Het schrijven van dit artikel was mogelijk door een verblijf aan de University of California, Hastings College of the Law, in San Francisco. Ik bedank mijn collega Brian Gray van Hastings voor de gesprekken die ik met hem had over 'Indian law'.

1. Behalve over 'Indian title' spreekt men ook wel over 'original title' of over 'aboriginal title'.

2. Zie bijvoorbeeld J. Dukeminier en J.E. Krier, *Property*, Second Edition, Little, Brown and Company, Boston and Toronto 1988 en C.M. Haar en L. Liebman, *Property and Law*, dezelfde uitgever 1985.

Supreme Court van 1823, *Johnson v. M'Intosh*³, een uitspraak van de hand van de al even beroemde Chief Justice John Marshall.

Wie denken mocht dat deze vragen slechts voor historici interessant zijn, vergist zich deerlijk. Tot op de dag van vandaag wordt er geprocedeerd over land, over de winning van mineralen en over visrechten. De oorsprong van deze procedures gaat meestal terug naar de tijd van de ontdekking van het land. Daarbij denke men dan niet alleen aan de vroege zestiende eeuw; de inname van Noord-Amerika is geleidelijk aan gegaan, in de loop van enkele eeuwen.

In zijn colleges kon Kleijn smakelijk vertellen over *Bunde/Erckens*⁴, over wat er kon gebeuren als na de overdracht van land de titel ontbreekt en dus de oorspronkelijke eigenaar niet alleen steeds eigenaar is gebleven, maar bovendien door natrekking eigenaar is geworden van al hetgeen nadien op de grond was gebouwd. Notariële nachtmerries, die in de werkelijkheid gelukkig maar zelden voorkomen. Niettemin is er in *Amerika* nog veel land, inmiddels bebouwd, waarop nog sluimerende claims van Indianen rusten.⁵ Zo kon het gebeuren dat in 1985 het Amerikaanse Hooggerechtshof een vordering tot schadevergoeding kreeg te behandelen, ingesteld door de Oneida Indian Nation tegen een van de counties in New York.⁶ De stelling van de Indianen was dat de staat New York, aan het einde van de 18e eeuw in ruimtegebrek gekomen, in 1795 100 000 acres land van de Oneidas had gekocht evenwel zonder daarbij de Federale overheid te betrekken; en dat had wel moeten. Het Supreme Court wees de vordering toe, daarbij uitdrukkelijk overwegend dat er geen verjaringstermijnen aan de vordering in de weg stonden.⁷

Het onderwerp is ook interessant voor wie belangstelling heeft voor de grondslag van het eigendomsrecht. De aankomst van de eerste Engelse kolonisten werd in 1690 gevolgd door John Locke's *Two Treatises of Government*, waarin een antwoord op die vraag werd gegeven.

Tenslotte is het interessant voor wie zich zorgen maakt over de wijze waarop wij, in onze ontwikkelde landen, omgaan met de aarde. De manier waarop de Indianen eeuwenlang de aarde vederlicht gebruikt hebben, contrasteert sterk met de wijze waarop wij de aarde aan ons hebben onderworpen, door bebouwing, uitputting van grondstoffen en door vervuiling die haar gevolgen tot in honderden jaren zal doen gelden. De Indianen bieden ons op dit punt een frisse, misschien zelfs 'groene', kijk.

3. *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823). Vaak wordt M'Intosh gespeld als McIntosh. Ik kom op deze uitspraak uitvoerig terug.

4. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (ook wel 'misverstandarrest').

5. Zie daarover W.C. Canby, *American Indian Law in a Nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, Min., 1988 p. 86/7.

6. *County of Oneida v. Oneida Indian Nation*, 470 U.S. 226 (1985).

7. 470 U.S. 226 (1985), op p. 240 e.v. Anders overigens drie 'dissenters'.

In dit artikel heb ik geprobeerd de juridische literatuur naast de historische en de ecologische te leggen. Alleen op die manier ontstaat er – naar ik hoop – althans een begin van duidelijkheid over het ontstaan van een uniek recht.

INDIAANS RECHT

Meer dan honderd jaar geleden werd in een artikel in de Harvard Law Review opgemerkt dat een Amerikaanse student maar weinig onderwerpen kan kiezen waarvan 'the survey of which would bring under view a greater variety of important general principles, or afford more scope for forensic reasoning in the application of such principles, than the law relating to Indians.'⁸

Nu het aantal studenten afkomstig uit tal van ethnische minderheden toeneemt, wensen vooral die studenten meer aandacht voor Indiaans recht, Chinees recht en voor Afro-Amerikaans recht. Naar hun oordeel is het curriculum aan de Amerikaanse universiteiten te eenzijdig gericht op het van oorsprong Europese, Anglo-Amerikaanse recht.

Op de keper beschouwd is het Indiaanse recht ook *praktisch* gezien allerm minst onbelangrijk, dat bleek hiervoor al met betrekking tot sluimerende onroerend goed-claims. Op tal van gebieden vindt een uiterst lastig te doorgronden interactie plaats van Federaal Amerikaans recht, Federaal Indiaans recht, het recht van de afzonderlijke staten, en dan nog de soevereiniteit van de stammen over 'hun eigen' land. Zo bestaat er bijvoorbeeld binnen de reservaten, waar de meeste Indianen leven, een eigen straf- en strafvorderingsrecht, en datzelfde geldt voor delen van het burgerlijk recht, met vaak uiterst lastige ipr-achtige vragen. 'Highly complicated and often inconsistent' zegt een auteur troostend tegen hen die zich willen verdiepen in het Indiaanse recht.⁹

In de geschiedenis van de Amerikaans-Indiaanse betrekkingen is een slingerbeweging waarneembaar. Er zijn periodes geweest waarin de politieke, de wetgevende en de rechterlijke macht de Indianen onmiskenbaar goedgezind waren¹⁰, maar er zijn ook periodes geweest waarin het doel was de Indiaan volkomen te integreren in de Amerikaanse samenleving, desnoods hardhandig, onder het motto: 'we have to kill the Indian, and save the man.' Dat was niet altijd uit vijandschap. Pogingen om de Indiaan tot integratie te dwingen, kwamen soms ook voort uit een oprechte angst dat hij door de blanken eenvoudigweg zou worden uitgeroeid. Want zolang de Indiaan geen deel wilde uitmaken van de Amerikaanse samenle-

8. Abbott, *Indians and the Law*, Harvard Law Review 1888, p. 167.

9. Ph.P. Friekey, hierna onder noot 12, p. 1201.

10. Zie bijvoorbeeld Canby, a.w. 1988, zie noot 5, p. 9 e.v.

ving, leek hij zich ook buiten de bescherming te willen stellen die die samenleving haar burgers verschaft. Op die manier was de Indiaan een gemakkelijke prooi voor al diegenen die hem als een minder soort mens, of zelfs als 'non-person', beschouwden.

Werden de Indiaanse stammen aanvankelijk nog gezien als 'foreign nations', geleidelijk aan viel dat niet meer te verenigen met de eigen soevereiniteit die de koloniale mogendheden claimden over het ontdekte land. In 1831 oordeelde het Amerikaanse Supreme Court dan ook dat de Cherokees niet als een *buitenlandse* mogendheid konden worden gezien.¹¹ Wel moesten de Indianen worden beschouwd als een 'state, as a distinct political society separated from others, capable of managing its own affairs and governing itself . . .'. Dat gold met name voor de Indianen die leefden in door de overheid aangewezen reservaten. In die reservaten leven zo'n zestig procent van de Indianen en daarbinnen wordt het recht van de Indianen op een zekere mate van zelfbestuur erkend. Dat geldt ook voor de strafrechtpleging. Binnen de reservaten bestaat er een aparte 'tribal criminal jurisdiction' voor bepaalde (kleinere) misdrijven begaan door Indianen tegenover Indianen. Niettemin oordeelde enige jaren geleden het Supreme Court de uitoefening door 'the Indian Nations' van strafrechtelijke bevoegdheden over *niet*-Indianen als onverenigbaar met 'their inferior legal status under United States law.'¹² Deze zogenoemde *Oliphant-case* wordt met name zo betreurd, omdat het de deur lijkt te openen naar nog veel verdergaande beperkingen aan de Indiaanse 'onafhankelijkheid' binnen de reservaten.

GEEN GEBRADEN DUIVEN

Toen na de ontdekking van het Amerikaanse continent blanken zich in dat nieuwe land vestigden, ging dat, anders dan we vaak denken, niet onmiddellijk gepaard met conflicten met de Indianen. Zeker in die eerste eeuwen was er ruimte genoeg voor beiden.¹³ En ook nadien zag men meestal wel

11. *Cherokee Nation v. State of Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); het betreft hier een van de zogenoemde 'Marshall opinions'.

12. *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978). Overigens wijst Ph.P. Frickey, *Scholarship, pedagogy, and Federal Indian Law*, Michigan Law Review 1989, blz. 1206, erop dat deze zaak in een wat ander daglicht komt te staan, als men weet dat in het desbetreffende reservaat slechts 50 Indianen tegenover 3000 niet-Indianen woonden. Een dergelijke mix doet het streven naar behoud van onafhankelijkheid natuurlijk geen goed.

13. In een buitengewoon interessante – historische en ecologische – studie over het leven van de Indianen en de kolonisten in New-England, geeft William Cronon deze cijfers: de niet-agrarische Indianen rond in Maine leefden rond het jaar 1600 met een gemiddeld aantal van 41 mensen per honderd vierkante mijlen. De wel-agrarische Indianen in New-England leefden op zo'n zelfde oppervlakte met 287 mensen, zeven maal zoveel. Bij elkaar bedroeg het aantal Indianen in New-England in die tijd tussen de 70 000 en 100 000. Het aantal kolonisten bedroeg een eeuw later, rond 1700, slechts 93 000; William Cronon, *Changes in the land – Indians, colonists, and the ecology of New England*, Hill and Wang, New York, 1983, p. 42.

het belang van goede relaties in. Enerzijds waren Indianen belangrijke handelspartners, veelal als leveranciers van bont. Anderzijds werden de Indianen, als er dan toch oorlog gevoerd werd, regelmatig ingezet tegen andere Indianen of zelfs tegen concurrerende Europese landen. Zo vochten in oorlogen tussen de Engelsen en de Fransen aan beide zijden Indianenstammen mee.

Hoe lang de Indianen al in Amerika woonden is onduidelijk. Vast staat wel dat zij oorspronkelijk uit Azië kwamen, via een landtong, thans de Beringstraat. Langzamerhand hadden zij zich in verschillende stammen verspreid over het continent. Zij leefden van de jacht, van de visvangst en veelal ook van het verbouwen van gewassen, afhankelijk van het gebied waar zij verbleven.¹⁴ De eerste Europeanen die in Amerika binnenkwamen, waren niet uit op conflicten met de oorspronkelijke bevolking. Zeker in die eerste tijd hadden zij het druk genoeg met zelf in leven te blijven. Zij waren onbekend met het land, onbekend met flora en fauna, onbekend met het klimaat. Het was veelal pure ellende waarin de eerste kolonisten terechtkwamen: honger, ziekte en kou, allemaal vanwege de soms nageenoeft ontbrekende elementaire levensvoorwaarden voor de mens: voedsel, kleding en huisvesting.

Een van de oorzaken van de zeer moeilijke start, moet de vaak enthousiaste berichtgeving zijn geweest van de kolonisten aan het thuisfront. Toch waren er wel die waarschuwden voor een al te zonnig beeld. Zo schreef de Engelse kapitein Christopher Levett in geestige en beeldende taal naar Engeland dat de gebraden duiven de kolonisten niet in de mond zouden vliegen:

'I will not tell you, that you may smell the corn fields before you see the land; neither must men think that corn doth grow naturally (or on trees), nor will the deer come when they are called, or stand still and look on a man until he shoot him, not knowing a man from a beast; nor the fish leap into the kettle, nor on the dry land, neither are they so plentiful, that you may dip them up in baskets, nor take cod in nets to make a voyage, which is no truer than that the fowls will present themselves to you with spits through them.'¹⁵

De verhalen over de plaatselijke Indiaanse bevolking zullen zeer zeker ook hebben bijgedragen aan het verkeerde beeld dat velen hadden van Amerika. In de ogen van de blanken hingen de Indianen maar wat rond: de mannen rookten wat of joegen eens achter een beest aan. Nu ja, de vrouwen

14. Washburn wijst erop dat de koloniale mogendheden het agrarisch aspect veelal bewust onderbelichtten. Het was vanzelfsprekend eenvoudiger om jagers en vissers hun grond te ontnemen dan boeren. Boeren waren de kolonisten immers zelf ook; W.E. Washburn, *Red man's land White man's law, A study of the past and present status of the American Indian*, Charles Scribner's Sons, New York, 1971, p. 38 e.v.

15. Cronon, a.w. 1983, zie noot 13, p. 34/5.

die werkten vrij hard op het land – maar al met al: ‘small labour but great pleasure’. Pas als eenmaal de eerste barre winter zich aankondigde, begon het tot de kolonisten door te dringen dat ze kennelijk weinig hadden begrepen van het zeer doordachte leven van de Indianen in de natuur. In Plymouth bijvoorbeeld overleefde de helft van de kolonisten de eerste winter niet.¹⁶ De ironie van het geval wil dat de overlevenden dat voor een groot deel te danken hadden aan de Indianen. Anders dan de koloniale mogendheden het lange tijd hebben voorgesteld, was de ontvangst van die eerste kolonisten door de Indianen buitengewoon hartelijk.

Nu was het leven van de meeste Indianen gebaseerd op een grote mate van mobiliteit. Zij leefden in betrekkelijk kleine gemeenschappen, in dorpen vaker dan in het grotere stamverband. Afhankelijk van het gebied waarin zij leefden, trokken zij vaak enkele keren per jaar van de ene plaats naar een andere. Hier was het beter te jagen, daar groeiden de gewassen beter. De ene plaats verschaftte koelte in de hete zomer, een andere plaats beschutting tegen winterstormen. Ook de behuizing kon verschillen; in kleine wigwams konden in de zomer een of twee families onderdak vinden. In de winter woonden vaak enkele families bij elkaar in grote lemen hutten. Het leven van de Indiaan was er een van volstrekte aanpassing aan de natuur, van leven in en met de natuur, en daarbij maakten zij een voorzichtig gebruik van de grond.

Op de blanken maakte het rondtrekken van de Indianen veeleer de indruk van een doelloos zwerven. De blanke wenste de aarde aan zich te onderwerpen. Hij ontgon het land, met het oog op een jarenlang gebruik. De Europeaan trok niet rond. Hij vestigde zich. Hij paste zich niet aan de natuur aan zoals de Indiaan dat deed, de natuur had zich aan *hem* aan te passen. ‘English fixity sought to replace Indian mobility; here was the central conflict in the ways Indians and colonists interacted with their environments’, schrijft Cronon.¹⁷ Het is meermalen door Indianen opgemerkt: de blanke beschouwde de grond als zijn vijand; voor de Indiaan was de grond zijn broeder.¹⁸

16. Cronon, p. 36.

17. Cronon, p. 53.

18. Zie bijvoorbeeld de brief die Chief Seattle, opperhoofd der Suquamish stuurde aan de toenmalige President Franklin Pierce in 1854. Nadat het opperhoofd had opgemerkt dat Indianen land niet beschouwen als iets waarvan men de eigendom kan hebben, vervolgt hij: ‘We know that the white man does not understand our ways. One portion of land is the same for him as the next, for he is a stranger who comes in the night and takes from the land whatever he needs. The earth is not his brother, but his enemy, and when he has conquered it he moves on. He leaves his father’s grave behind, and he does not care’. De gehele brief is opgenomen in Human Rights, een publicatie van de ABA Section of Individual Rights and Responsibilities, 1989-1990, p. 34 e.v.

De Indianen hadden een volstrekt ander begrip van bezit van de dingen dan de kolonisten. Zij kenden zeker iets als persoonlijk 'bezit', dat men misschien ook wel als 'eigendom' kon zien. Vrouwen 'bezaten' datgene wat ze nodig hadden voor hun dagelijks werk, kleding, manden, gereedschappen; de mannen, wat ze nodig hadden voor de jacht en voor de oorlog, pijl en boog, messen, pony's. Toch moet men zich ervan bewust zijn dat dit 'eigendom', van wat wij nu roerende zaken noemen, heel betrekkelijk was. Zodra de zaak niet meer van nut was, deed de Indiaan er even gemakkelijk afstand van. Het verzamelen en eventueel verhandelen van voorwerpen had immers geen zin, omdat daarmee de noodzakelijke mobiliteit werd verminderd. Men 'bezat' een voorwerp zolang dat direct nuttig was en zodra dat niet meer het geval was, gaf de Indiaan het net zo gemakkelijk af, als ruilobject of als gift aan iemand die het beter kon gebruiken.¹⁹

Met het *land* lag het allemaal iets anders. Wie ergens zijn wigwam neerzette, of wie een veldje bebouwde, had zekere exclusieve rechten op die stukjes grond en op de voortbrengselen van die grond.²⁰ Zo men wil, noemt men dat 'eigendom', maar voorzichtigheid is geboden.

In de eerste plaats omdat het recht om een bepaald stukje grond te bouwen, anderen uit het dorp er niet van kon weerhouden over dat stuk grond te lopen, om er op wild te jagen of om er wilde, dus niet verbouwde, vruchten te plukken. Eigendom had niet die exclusiviteit die de Europeanen eraan hechtten. In de tweede plaats kon een nederzetting een paar maanden later weer verplaatst zijn naar een plek, waar op dat moment de jacht of de visvangst betere kansen boden. De verlaten grond was dan vrij te gebruiken door anderen.²¹ Buiten de wigwam waren de dorpsbewoners vrij over het land van een ander een hert achterna te zitten. Daarmee maakte men in beginsel geen inbreuk op de rechten van anderen. Dus, wat de Indiaan 'bezat' waren de voortbrengselen van het land: de door hem verbouwde gewassen, het geschoten dier of de gevangen vis. Maar de Indiaan zou nooit over het *land* spreken als zijn bezit of zijn eigendom. Zóu men de relatie van de Indiaan tot de grond al in onze terminologie willen typeren, dan komt 'vruchtgebruik' nog het dichtsbij.

Niettemin, en dat geeft toch wel enige verwarring, kon er wel zoiets als *soevereiniteit* over een bepaald stuk land bestaan, van het ene dorp jegens andere dorpen. Een dorp kon in zoverre rechten doen gelden op een bepaald stuk land, dat het kon voorkómen dat andere dorpen of stammen

19. Cronon, p. 61

20. Cronon, p. 62.

21. Cronon, p. 62/3, vermeldt wel dat bij de terugkeer het volgende jaar op de landbouwgrond er een zeker 'voorkeursrecht' kon bestaan voor de oorspronkelijke bebouwer. Overigens waren er, zeker in de laat achttiende en negentiende eeuw ook *permanente* nederzettingen van Indianen.

van die grond gebruik zouden maken. Men dacht dan evenwel niet in termen van exclusieve eigendom, maar meer in de zin van een zekere zeggenschap over wat er op die grond mocht gebeuren. In onderhandelingen kon zo'n dorp aan andere dorpen het recht verlenen om van dat stuk land gebruik te maken, bijvoorbeeld om er bij een waterval te gaan vissen. Als de rijkdom van het land of van de visgronden groot genoeg was om die met anderen te delen, was er geen reden om dat tegen te houden. Zo konden op eenzelfde stuk grond verschillende gemeenschappen soms verschillende en soms dezelfde rechten hebben.²² Voor de kolonisten waren deze grenzen tussen 'eigendom', 'vruchtgebruik' en 'soevereiniteit' vaak veel te subtiel of gewoonweg onduidelijk. Het Europese schabloon van zakelijke rechten, paste niet zo maar op de Indiaanse werkelijkheid.

DE EERSTE TRANSACTIES

Voor de eerste kolonisten was er voldoende ruimte en de potentiële rijkdom van het land was groot. Zij hadden daarom belang bij vriendschappelijke verhoudingen met de Indianen. Er werden overeenkomsten gesloten met Indianen (het gaat dan steeds over *Indianenstammen*²³) over het land. Maar dan kwam pas goed de verschillende kijk van Indiaan en blanke op de aarde naar voren. Met het sluiten van die overeenkomsten had de Indiaan slechts de bedoeling om een deel van zijn soevereiniteit op te geven, om de voortbrengselen van de grond te delen met anderen, zoals hij die ook deelde met andere Indianen die hij welgezind was. De blanke daarentegen dacht een stuk grond in eigendom te verwerven. Zeker in het begin was hij zich er weliswaar van bewust dat de Indiaan bepaalde rechten op de grond wenste te behouden – een precieze weergave van die rechten vinden we nog in sommige overeenkomsten terug – maar dat deed er niet aan af dat hij meende eigenaar van een stuk grond te zijn geworden.²⁴ Kortom, de Indiaan dacht het *gebruik* van de grond te *delen*, de blanke dacht een stuk grond *in eigendom te verwerven*, hooguit belast met een soort *vruchtgebruik* voor de Indiaan. Dit verklaart waarom Indianen vaak na zo'n eerste overeenkomst, een tijdje later met weer andere blanken *nóg* eens een overeenkomst sloten. Deze 'dubbele verkopen' zouden jaren later tot

22. Cronon, p. 62-64.

23. Als ik in dit artikel spreek over bijvoorbeeld een verkoop van land door Indianen, bedoel ik de *stám*, niet de individuele Indiaan. 'Indian title' is aan de *stam*, de 'tribe' gebonden. De aankoopssom, of in het geval van onteigening de schadeloosstelling, gaat naar de *stam*. Wanneer men precies van een *stam* kan spreken, is een lastige vraag. In de meest algemene zin is een *stam* 'a group of Indians that is recognized as constituting a distinct and historically continuous political entity for at least some governmental purposes', aldus Canby, a.w. 1988, zie noot 5, p. 4.

24. Cronon, p. 67

de meeste processen leiden. Daarbij stonden dan veelal niet een Indiáán tegenover een blanke, maar een blánke tegenover een blanke.

De beide culturen verschilden evenwel zo zeer, dat er wederzijds irritaties ontstonden. Van het begin af aan hadden de kolonisten zich verwonderd over het gemak waarmee de Indianen leken te leven. Vooreerst bezaten ze weinig. Dat lag ook voor de hand, want een omvangrijk bezit viel niet te combineren met de noodzakelijke mobiliteit. De kolonisten beschouwden het karige bezit van de Indianen als armoede. Erger nog was het in hun ogen: het was een *bewust gekozen* armoede en dat terwijl het land toch rijk genoeg was. Indianen leken bovendien nauwelijks voorraden aan te leggen voor de winter, daarmee in de ogen van de verwonderde blanken kiezend voor langdurige perioden van honger. Verder leken de vrouwen al het werk te moeten doen, wat de blanken toch niet anders konden verklaren dan als luiheid van de mannen. De verwondering ging langzaam over in irritatie. Hoe kan een volk in zo'n rijk land kiezen voor het leven van een Engelse bedelaar? Hoe kunnen mensen zo weinig geven om de materiële geneugten van deze wereld, zo weinig geven om 'bezit'?

HET DISCOVERY-BEGINSEL

Het was de grond en de eigendom van de grond die veelal de kern van de conflicten tussen kolonisten en Indianen zou worden. Nu kan men zich afvragen of de grond al niet door de ontdekking ('discovery') en de daarop volgende verovering ('conquest') eigendom was geworden van – in het geval van New England – de Engelsen. Als dat zo was, waarom was het dan überhaupt nodig om de grond van de Indianen te kopen? Een eenduidig antwoord is op deze vraag niet te geven. Er was in de eerste jaren waarin kolonisten zich vestigden in New England geen helder besef van wat zich daar – wat wij nu zouden noemen – zakenrechtelijk²⁵ afspeelde. De eerste kolonisten vestigden zich ergens náást de Indianen en deden vervolgens hun uiterste best om te overleven.

Eén beginsel zou er wél zijn.²⁶ Het Supreme Court, bij monde van Marshall oordeelde: '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.'²⁷ 'Discovery' gaf voldoende recht voor de ontdekkende mo-

25. Ik houd het toch maar op die term.

26. Toch bedenke men dat het beginsel niet zo vanzelfsprekend was als de Chief Justice het deed voorkomen. Williams, a.w. 1983, zie hierna noot 39, wijst er op dat dit zogenaamde beginsel, zelfs ten tijde van de uitspraak van Marshall, allerminst gemeengoed was, noch bij de theoretici van het volkenrecht, noch bij de Europese mogendheden. Integendeel: het zou afwijken van het *ius gentium*, voetnoot 300.

27. Johnson v. M'Intosh, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, op p. 573.

gendheid om zich beschermd te weten tegen latere claims van andere koloniale mogendheden. Zo ging het land waar zich in de tweede helft van de zestiende eeuw Engelsen vestigden, vallen onder de soevereiniteit van de Engelse koning. Hetzelfde was wat noordelijker het geval met Nieuw Frankrijk en dat beginsel werd ook aangehangen door de Hollanders. Chief Justice Marshall noemt 'ons' met zoveel woorden in zijn uitspraak. Uit het citaat blijkt ook duidelijk dat er dan weliswaar overeenstemming bestond over het 'discovery'-beginsel, maar dat er nog genoeg te vechten overbleef, met name om *wat* nu precies door *wie* ontdekt was:

'The claim of the Dutch was always contested by the English; not because they questioned the title given by discovery, but because they insisted on being themselves the rightful claimants under that title. Their pretentions were finally decided by the sword.'²⁸

Dat er tussen de Europese landen conflicten konden uitbreken, is niet verrassend. De Engelsen claimden eenvoudigweg al het land 'from sea tot sea', van de Atlantische kust westwaards tot en met – wat men toen dacht – het eiland van Californië. Vlak na de ontdekking door Columbus van Amerika, had de Engelse koning Henry VII aan John Cabot en zijn zonen de bevoegdheid gegeven om te ontdekken 'whatsoever isles, countreys, regions or provinces of the heathen and infidels . . . which before this time have been unknownen to all Christians' en het recht om te 'subdue, occupy and possesse all such townes, cities, castles and isles of them found, which they can subdue, occupy and possesse . . .'²⁹ Niet geschoten, nooit raak, moet de Engelse koning hebben gedacht. De ontdekking van Cabot van Newfoundland was voor de Engelsen de basis voor hun aanspraken op het overgrote deel van – thans – Noord-Amerika. Overigens zou pas in het begin van de zeventiende eeuw de eerste Engelse nederzetting worden gevestigd. De aanwezigheid van Indianen in het nieuwe land speelde in de jaren na Cabot's ontdekking geen enkele rol. Voor zover zij al als menselijke wezens moesten worden beschouwd, waren het in elk geval geen Christenen, zodat men zich over hun mogelijke aanspraken absoluut geen zorgen hoefde te maken. Veeleer werden de Indianen trouwens beschouwd als een onderdeel van het landschap.

Toch was het niet zo dat men door simpelweg langs de kust van Noord-Amerika te zeilen soevereiniteit kon verwerven over alles wat er *achter* die

28. Chief Justice John Marshall in een uitspraak van het Supreme Court of the United States, *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823) op p. 575/6. De Engelsen claimden het gehele gebied van Newfoundland tot Florida, Francis Jennings, *Dutch and Swedish Indian Policies*, in het *Handbook of North American Indians*, Volume 4: *History of Indian-White Relations*, onder redactie van W.E. Washburn, Smithsonian Institution, Washington, 1988, p. 13.

29. 'Letters patent' aan John Cabot, van 5 maart 1496, ontleend aan Washburn, a.w. 1971, zie noot 14, p. 30.

kustlijn lag. Ook het enkele aan land gaan, of zelfs binnendringen van het nieuwe land, was onvoldoende. Wanneer er dan wél gevolgen aan de ontdekking konden worden verbonden, was een onduidelijke zaak.³⁰ Een zekere vorm van inbezitneming was wel nodig, maar de uiteindelijke grenzen werden doorgaans vastgesteld in onderlinge verdragen of als het moest in oorlogen. In beide gevallen gold het recht van sterkste.

De vraag, wie wat had ontdekt, werd er in de jaren die volgden steeds belangrijker op. Want – en ook dat is terug te vinden in de uitspraak van Marshall – het 'discovery'-beginsel moet ook worden toegepast op de eigendomsvraag. Nu is de meest voor de hand liggende wijze waarop de ontdekkende natie de eigendom van het land zou kunnen verwerven, verovering ('title by conquest'). Op die manier zou men meteen van het probleem van de rechten van de Indianen af zijn. Of zij nu wel of niet sinds 'time immemorial' bepaalde gronden bewoonden, of ze nu wel of niet *eigenaar* van de grond waren, het zou er allemaal niet meer toe doen. Door de verovering zou de ontdekker de grond eenvoudigweg in eigendom krijgen.

INDIAN TITLE

Nu is de moeilijkheid dat de koloniale mogendheden en hun onderdanen zich niet beriepen op 'title by conquest'.³¹ De Engelsen, de Fransen en ook de Hollanders en de Zweden verschilden daarin van de Spanjaarden. Onmiddellijk na de ontdekking van Amerika, vond in naam van de Spaanse koning en onder het motto 'God, Goud en Glorie' een zeer geweldadige verovering plaats van wat thans is Latijns- en Midden-Amerika. Al na enkele jaren werden de eerste Indianen als slaven naar Spanje verscheept. Het recht om het nieuwe land gewapenderhand te veroveren en de bevolking te knechten ontleenden de Spanjaarden aan een pauselijke uitspraak van 1493. Daarin toonde de paus zich verheugd over de nieuwe mogelijkheden tot verspreiding van het katholieke geloof, en deelde hij de Spanjaarden en de Portugezen elk een gedeelte van het nieuw ontdekte land toe, zodat deze beide volken elkaar bij hun kerstenende taak niet voor de voeten zouden lopen.

Met name de Spanjaarden leken hun taak om de Indiaan tot het Christendom te bekeren toch als enigszins ondergeschikt te beschouwen aan de zoektocht naar goud. Daarbij gingen zij uiterst gewelddadig te werk. De gewapende strijd tegen de Indianen werd gerechtvaardigd omdat zij in het teken van de bekering stond: een oorlog tegen heidenen, onwillig zich te laten bekeren, was een rechtvaardige oorlog. Maar voordat de Indianen

30. Ik kan daar in dit bestek niet verder op ingaan. Zie nader het boek van Washburn, a.w. 1971, zie noot 14, hoofdstuk 1, met uitvoerige literatuurverwijzingen.

31. Zie bijvoorbeeld Dukeminier en Krier, a.w. 1988, zie noot 2, p. 13.

met geweld mochten worden bestreden, moest hun eerst de zogenoemde *Requerimiento* worden voorgelezen. Dit stuk bevatte een korte inhoud van het katholieke geloof en een dreigement van wat er zou gebeuren als de Indiaan zou weigeren zich te laten bekeren. De onzinnigheid van dit alles spreekt voor zichzelf.³² Op zijn best was de voorlezing de klaroenstoot om tot de aanval over te gaan. Nu eens, als er geen Indianen waren te vinden, werd de 'Requerimiento' voorgelezen ter overstaan van lege hutten. Dan weer mompelden commandanten de theologische zinnen in hun baarden, staande aan de rand van slapende Indiaanse nederzettingen; soms ook werden de woorden de vluchtende Indianen nog nageroepen, of lazen de scheepskapiteins vanaf het dek van hun schepen het document voor, terwijl ze het land naderden.³³ Pas na een aantal jaren, in de eerste jaren van de zestiende eeuw, zou de Spaanse koning werkelijk trachten het barbaarse optreden van zijn onderdanen enigszins aan banden te leggen. Enkele katholieke missionarissen hadden de koning bericht over de gruwelijkheden die de kolonisten tegenover de Indianen begingen. De koning liet zich daarop adviseren door zijn theologen en juristen, en in die gesprekken stonden dan twee meningen tegenover elkaar. Eén opvatting was dat de Indianen als wilden leefden, buitengewoon dom waren, ongelovig, kortom op zijn best een minder soort mens vormden; en als zij zich niet wensten te laten bekeren, mochten zij tot slaven van de Spanjaarden worden gemaakt.³⁴ Daartegenover stond de opvatting van vooral Franciscus de Victoria. Deze invloedrijke Dominicaan wordt wel als de grondlegger van het volkenrecht beschouwd. Ook op de juridische positie van de Amerikaanse Indianen heeft hij een nauwelijks te overschatten invloed gehad. In een voordracht, later uitgegeven onder de titel *De Indis et de iure belli relectiones* (1532) ontkende hij de opvatting dat de Indiaan een minder soort mens was, een mens die zonder veel meer tot slaaf van de Christenen gemaakt kon worden.

Voortbouwend op het werk van Thomas van Aquino, verdedigde De Victoria de opvatting dat het goddelijke natuurrecht van toepassing was op de verhouding tussen staten onderling, niet alleen in de oude wereld, maar ook op de Indiaans-Europese verhouding. Zijn belangrijkste conclusies waren dat ook de oorspronkelijke bewoners van Amerika natuurlijke rechten bezaten als vrije en rationeel denkende mensen en dat de Spaanse verovering van het nieuwe land en het ontnemen van grond aan de Indianen,

32. Dat werd zelfs in die tijd ook wel zo ervaren, zie Washburn, a.w. 1971, zie noot 14, p. 8.

33. Zie, met bronvermelding, Washburn, a.w. 1971, zie noot 14, p. 6.

34. Dit recht om de Indiaan tot slaaf te maken, werd rechtstreeks gebaseerd op Aristoteles' uitspraak dat sommige mensen van nature minderwaardig zijn en daarom tot slaaf mogen worden gemaakt; zie het uitvoerige artikel van R.W. Williams, *The medieval and renaissance origins of the status of the American Indian in western legal thought*, *Southern California Law Review* 1983, p. 1-99.

zonder enig recht geschiedde. De pauselijke toedeling van land aan Spanje en Portugal was in zijn opvatting zonder enige waarde.³⁵

De Victoria had op de Spaanse koning grote invloed; maar de invloed die de koning op zijn beurt op de feitelijke situatie in de koloniën had, was aanvankelijk tamelijk gering. Voor dit artikel is met name van belang de invloed die De Victoria zou hebben op de overige Europese koloniale mogendheden. Zijn werk werd in Engeland, Frankrijk en Nederland uitgegeven én gelezen. Onder vooral de protestanten in deze landen waren de Spanjaarden al gehaat. De onmenselijkheden die de Spanjaarden hadden begaan in 'hun' deel van Amerika, verwonderden hen niets. Het vormde een reden te meer om met enige voorzichtigheid om te gaan met de oorspronkelijke bewoners van Amerika. De Spaanse aanpak werd een voorbeeld van hoe het beslist *niet* moest.³⁶

Dit alles verklaart mede waarom de Noord-Europeanen schroomden om het nieuwe land eenvoudig door verovering in bezit te nemen. Integendeel, de Europese mogendheden en veelal ook de kolonisten erkenden een *zeker* recht van de Indianen op de grond waarop zij leefden, en dat uitte zich vooral in de talloze overeenkomsten die met de Indianen werden gesloten. Het officiële beleid was steeds om de grond van de Indianen te kopen en niet om ze eenvoudigweg van hun grond te verdrijven.³⁷

De vraag bleef dan wel: als de kolonisten of hun koloniale mogendheid dan niet door verovering de eigendom verwierven, hoe verwierven ze die dan *wél*? In de loop van de jaren ontwikkelde zich op deze vraag een vrij vaag antwoord: de kolonisten of in elk geval de koloniale overheid had een soort voorkeursrecht om de grond van Indianen te kopen. In de woorden van Thomas Jefferson, in 1792 minister van buitenlandse zaken van Amerika, 'a right of pre-emption of their lands; that is to say, the sole and exclusive right of purchasing from them whenever they should be willing to sell ...'³⁸. Terzijde bedenke men, dat ook in die tijd nog allerminst vaststond hoe de vlag er juridisch precies bijstond. Ook toen waren er nog hartstochtelijke aanhangers van de stelling dat de Indianen simpelweg *nérgens* recht op hadden. Pas Marshall's uitspraak zou de theorie van de 'pre-emption' verder uitwerken en tot recht verheffen.

Maar, *als* ze dan al iets verwierven, *wat* verwierven ze dan precies? Bovendien, wat gebeurde er als de Indianen de grond verschillende malen verkochten, aan verschillende personen? Het waren deze vragen die in

35. Zie het artikel van Williams, a.w. 1983, zie noot 34, met name p. 63 e.v.

36. Zie uitvoeriger het Handbook of North American Indians, a.w. 1988, zie noot 28, p. 96 e.v., de bijdrage van Charles Gibson.

37. Een historisch overzicht van de wijze waarop deze respectieve landen omgingen met de Indianen vindt men in Handbook of North American Indians, a.w. 1988, zie noot 28, p. 5-127.

Het boek, van een encyclopedische omvang, bevat een zeer uitvoerige literatuurverwijzing.
38. Thomas Jefferson, nadien President van de Verenigde Staten, als aangehaald in het boek van Haar en Liebman, a.w. 1985, zie noot 2, p. 17.

1823 het Supreme Court in *Johnson v. M'Intosh* moest beantwoorden. Tegenover elkaar stonden twee blanken: eiser stelde dat zijn rechten teruggingen op overdrachten door Indianenstammen in 1773 en 1775, gedaagde beriep zich op een overdracht door de Federale overheid in 1818. Indianen hadden in de gebieden die in het geding waren al zo'n vijftig jaar niet meer gewoond. De beslissing van de hand van Marshall wordt tot op de dag van vandaag als een brilliant compromis gezien tussen de belangen der Indianen en die van de blanken. De Indianen, aldus Marshall,

'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.'³⁹

Door de ontdekking van nieuw land verwierf dus de koloniale macht niet alleen een recht ten opzichte van alle andere koloniale machten, het verwierf ook de eigendom van de grond. Zij het, dat die eigendom belast kon zijn met een 'zakelijk' gebruiksrecht voor Indianen, wat later zou worden genoemd de *Indian title*. Wat de Indianen bezaten, behielden ze: een recht op gebruik van de grond ('a right of occupancy').

Dat recht om de grond te blijven gebruiken kon slechts worden beëindigd door de koloniale overheid. De Kroon, en later de Federale overheid, had 'the sole right of acquiring the soil from the natives and establishing settlements upon it'.⁴⁰ Door de grond van de Indianen te kopen, kon het gebruiksrecht van de grond worden afgehaald, zodat een onbezwaard stuk grond overbleef. De enige die na de uitspraak van het Supreme Court met lege handen kwam te staan, was eiser en met hem al die blanken en hun rechtsopvolgers die ooit land rechtstreeks van de Indianen hadden gekocht.

Met deze beslissing gaf Marshall – *achteraf* – de grondslag voor een gebruiksrecht voor de Indiaan terwijl tegelijkertijd de eigendom van de grond kon blijven waar die 'hoorde', namelijk bij de Kroon. De Koning kon op zijn beurt de eigendom, inclusief het gebruiksrecht van de Indiaan, overdragen aan een ander, aan bijvoorbeeld een Engelse handelsmaatschappij.⁴¹ Zo

39. Marshall vervolgt dan: '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*.' 21 U.S. (8 Wheat.) 543, op p. 574, mijn cusivering.

40. *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), op p. 573.

41. Zie daarover bijvoorbeeld uitvoerig de uitspraak van Marshall, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, op p. 577 e.v.

droeg Koning Charles I in een 'grant' de eigendom van het land waarover hij zeggenschap had over aan de Massachusetts Bay Company, die daarbij tevens tot het feitelijk plaatselijk gezag werd gemaakt. Daarbij behield de koning vanzelfsprekend de soevereiniteit over het land.⁴² De Bay Company verdeelde, in samenspraak met de kolonisten, na een tijdje van gemeenschappelijk eigendom het land op haar beurt weer het land onder de blanken. Daarmee werd de individuele kolonist eigenaar, zij het dat hij in veel gevallen een recht verwierf dat was belast met een gebruiksrecht voor de Indianen.

EEN LUI VOLK

De vraag is nu hoe het zo komt dat de Indianen geen eigendomsrecht bleken te hebben, en de blanken door het land te ontdekken kennelijk wél. Uit het Romeinse recht stamt al het beginsel 'qui prior est tempore potior est iure'; in het Engels spreekt men van de 'first occupancy theory'. Wie als allereerste een zaak, een stuk land, in bezit neemt, verwerft een recht van eigendom over die zaak. Waren dat niet de Indianen, zo vraagt men zich af.

Het is een vraag die velen heeft bezig gehouden, zij het de kolonisten in mindere mate: 'They saw the rich lands of the Indians and they wanted them'.⁴³ In hun voortdurende honger naar meer land, dreven zij de Indianen in veel gevallen voor zich uit, soms goedschiks, maar veelal kwaadschiks. Weliswaar verdedigden zij zich door er op te wijzen dat ze grond van de Indianen hadden 'gekocht', en dat ze voor de grond hadden betaald, maar de wijze waarop dat was gegaan verdiende die naam nauwelijks.⁴⁴ De algemene opvatting onder de kolonisten was dat de Indianen geen eigendomsrecht op de grond konden laten gelden. Waarom dat zo was, liet velen van hen koud.

Als men dan toch onder de kolonisten op zoek gaat naar een rechtvaardiging voor het ontkennen van een Indiaans eigendomsrecht, dan duiken al snel de oordelen en vooroordelen over de levenswijze van de Indianen op. Na de eerste jaren, waarin nog sprake was van een zekere vorm van vriendschappelijk samenleven, sloeg de verbazing over de levenswijze van de Indiaan, zoals hiervoor beschreven, langzaam om in irritatie. De Indiaan was in wezen lui. In de ogen van de kolonisten misbruikte hij de grond door nauwelijks van haar potentiële rijkdom gebruik te maken. Hij verspil-

42. Na de onafhankelijksoorlog droeg in 1783 Groot-Brittannië soevereiniteit en eigendom over aan de Verenigde Staten; niet minder, maar ook niet meer. Immers, het eigendomsrecht bleef in veel gevallen belast met het gebruiksrecht van de Indianen.

43. F.P. Prucha, *American indian policy in the formative years: 1790-1834*, 1962, p. 143, aangehaald in Haar en Liebman, a.w. 1985, p. 18.

44. Zie J. Axtell, *After Columbus, Essays in the ethnohistory of colonial North America*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1988, p. 212/3.

de de natuurlijke rijkdom van het land. In zijn tractaat *Reasons and Considerations Touching the Lawfulness of Removing Out of England into the Parts of America* schreef in 1621 een van hen, Robert Cushman: '[the Indians are] not industrious, neither have art, science, skill or faculty to use either the land or the commodities of it; but all spoils, rots, and is marred for want of manuring, gathering, ordening, etc.'⁴⁵ En omdat er maar zo weinig Indianen waren en ze bovendien niet anders deden dan '[to] run over the grass, as do also the foxes and wild beasts', verklaarde Cushman het land 'van' de Indianen 'spacious and void', rijp om te worden ingenomen door de kolonisten.

Dit denken over de Indiaan hoeft niet onmiddellijk op kwade trouw te duiden. Vooreerst beschouwden de Indianen zelf de grond niet als hun eigendom – dat paste niet in hun denken, maar bovendien maakte het trekken van de Indianen op de blanken veelal een ongeplande indruk, als trokken zij, geleid door het toeval, van hot naar haar. Het was velen toen allerminst duidelijk dat het trekken van de Indianen in feite róndtrekken was, vaak volgens eeuwenoude patronen en vaak ook tussen plaatsen die voor de Indianen in letterlijke zin heilig waren. Dit volstrekt andere denken over leven op aarde wordt duidelijk uit het begin van een prachtige brief die Chief Seattle⁴⁶, het opperhoofd van de Suquamish, in 1854 stuurde aan de toenmalige president van de Verenigde Staten, Franklin Pierce. Het opperhoofd antwoordde op een 'verzoek' van de Amerikaanse overheid tot verkoop van land:

'The Great Chief in Washington sends word that he wishes to buy our land. The Great Chief also sends us words of friendship and good will. This is kind of him, since we know he has little need for our friendship in return. But we will consider your offer. For we know that if we do not sell, the white man may come with guns and take our land.

How can you buy or sell the sky, the warmth of the land? The idea is strange to us. If we do not own the freshness of the air and the sparkle of the water, how can you buy them. Every part of this earth is sacred to my people. Every shining pine needle, every sandy shore, every mist in the dark woods, every clearing, and humming insect is holy in the memory and experience of my people. The sap which courses through the trees carries the memories of the red man.'⁴⁷

JOHN LOCKE

Dit kon niet goed gaan en dat ging het ook niet. Het verschil in cultuur tussen blanke en roodhuid was zó groot, dat althans de kolonisten hem niet

45. Het citaat is ontleend aan Cronon, a.w. 1983, zie noot 13, p. 56; Cronon ontleende het op zijn beurt aan Alexander Young, ed., *Chronicles of the Pilgrim Fathers*, Boston 1841, p. 243.

46. De man heette eigenlijk 'Sealth', maar zijn naam is in het Engels verbasterd tot 'Seattle'.

47. Gepubliceerd in *Human Rights*, a.w. 1989-1990, zie noot 18, p. 34/5.

konden (en vast ook niet wilden) overbruggen. Niettemin was er van de zijde van de koloniale overheden behoefte aan een theoretische onderbouwing voor wat men in het diepst van zijn gedachten toch wel zag als het afpakken van andermans bezit. Nog altijd is bij veel Amerikanen het ongemakkelijke gevoel daarover niet verdwenen en ook in de uitspraken van Marshall zijn veel plaatsen aan te geven waaruit verlegenheid met de situatie spreekt.⁴⁸ Al eerder in dit artikel bleek dat de Europese landen bij voorkeur geen beroep deden op 'conquest', op verovering als titel van verkrijging. Het was vooral John Locke die de door velen zo gewenste onderbouwing gaf van het innemen van Indiaanse gebieden.⁴⁹

John Locke wordt beschouwd als de vader van het politieke liberalisme en zijn ideeën over eigendom zijn klassiek geworden.⁵⁰ In zijn hoofdstuk over het eigendomsrecht zoekt Locke naar het antwoord op de vraag waarop het recht van eigendom berust dat een mens op een zaak kan hebben. Het zou een beroemd hoofdstuk worden: 'Property I have nowhere found more clearly explained, than in a book, Two Treatises of Government', vond Locke van zijn eigen boek.⁵¹ Hij probeert aan te tonen dat het eigendomsrecht een natuurrecht is; dat privé-eigendom geen bedenksel is van de mens, maar een natuurlijk recht, een recht waarvan de mens geen afstand kan doen. Zijn theorie zou een buitengewoon grote invloed hebben, in het Engeland van de zeventiende eeuw, maar ook in de eeuwen daarop.

Het betoog van Locke loopt als volgt. Gegeven het feit dat God de aarde en alle 'inferior creatures' voor alle mensen gemeenschappelijk heeft geschapen, hoe is het dan mogelijk dat als iemand een deel aan dat gemeenschappelijk erfdeel onttrekt, alle overige mensen geacht worden dat gedeelte als dienst privé-eigendom te respecteren? Het antwoord dat Locke op die vraag geeft is, dat het de *arbeid* van die mens is, die hem een recht van eigendom geeft. Ieder mens heeft, aldus Locke, de eigendom van zijn eigen lichaam en is daarmee ook eigenaar van zijn eigen arbeid. En dan vervolgt hij:

48. Zie ook een brief die Marshall schreef aan een collega, waarin hij zegt dat de tijd inmiddels ruimschoots is aangebroken om de Indianen te behandelen naar de beginselen van humaniteit en rechtvaardigheid. Hij vervolgt dan: '...every oppression now exercised on al helpless people depending on our magnanimity and justice for the preservation of their existence impresses a deep stain on the American character', J. Oster, *The political and Economic Doctrines of John Marshall*, 1914, p. 124/5.

49. John Locke. *Two Treatises of Government*, 1690. Ik gebruikte de editie van Peter Laslett, second edition, Cambridge at the University Press, 1967.

50. Zie voor een heldere inleiding tot de ideeën van Locke over eigendom, G.E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen*, juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom in huidig en komend recht, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 1987, hoofdstuk 5.

51. Brief van 25 augustus 1703 aan Rev. Richard Kind; *Works*, 1801, X, 305 (aangehaald door Peter Laslett, a.w. 1967, zie noot 49, p. 3).

'Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his *Labour* with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his *Property*. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this *labour* something annexed to it, that excludes the common right of other Men.'⁵²

Wat door de mens uit de natuurlijke staat wordt gehaald, wordt zijn eigendom, en een andermans toestemming heeft hij daarvoor niet nodig, schreef Locke in een paar beroemd geworden zinnen:

'Thus the Grass my Horse has bit; the Turfs my Servant has cut; and the Ore I have digg'd in any place where I have a right to them in common with others, become my *Property*, without the assignation or consent of any body. The *labour* that was mine, removing them out of that common state they were in, hath *fixed* my *Property* in them.'⁵³

De theorie van Locke verschilt op zichzelf niet sterk van de al eerder genoemde Romeinsrechtelijke regel 'qui prior est tempore, potior est iure'. Maar het was Locke die op een belangrijk moment in de geschiedenis deze regel een filosofische onderbouwing gaf.

Op Locke's denken over eigendom is, tot op de dag van vandaag, veel kritiek geweest. Zo is er op gewezen dat Locke weliswaar uitging van gelijke rechten op eigendom voor iedereen, maar dat dit uitgangspunt in de loop van het betoog zich wijzigt in *verschillende* rechten voor de arbeidende klasse en voor anderen.⁵⁴ Aldus zou de theorie van Locke onder het mom van gelijke rechten voor iedereen in feite de grondslag zijn voor een fundamentele scheiding in een klasse van bezitters en een klasse van niet-bezitters.

Fundamentele kritiek is verder mogelijk op de vooronderstelling van het betoog van Locke, dat arbeid in zichzelf een recht op een zaak schept. En dan, de theorie van Locke geeft geen antwoord op de vraag naar de omvang van het eigendomsrecht dat iemand verwerft door zijn arbeid met iets uit de natuurlijke staat te mengen. Heel plastisch heeft Robert Nozick daarop gewezen: als ik een blikje tomatensap in de oceaan giet, word ik dan eigenaar van de zeëen?⁵⁵

Ik kan hier nu niet de aanvallen op Locke bespreken. Wat in het verband van dit artikel echter zo interessant is, is de invloed die het denken van Locke heeft gehad op het zeventiende eeuwse Amerika. Dat Locke bij het

52. Locke, a.w. 1690, zie noot 49, par. 27.

53. Locke, par. 28, slot.

54. Zie Van Maanen, a.w. 1987, zie noot 50, p. 103 in een bespreking van C.B. Macpherson, De maatschappelijke strekking van Locke's politieke theorie, in *Recht en Kritiek*, 1975, p. 327 e.v. Het betreft een vertaling van 'The social bearing of Locke's political theory', *The Western Political Quarterly*, Dl. VII, 1954.

55. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, p. 175.

schrijven over eigendom althans mede het oog heeft gehad op de situatie in de koloniën is duidelijk. Herhaalde malen komen de Indianen ter sprake.⁵⁶ Locke paste zijn theorie niet alleen toe op de voortbrengselen van de aarde, maar ook op de aarde zelf, 'the chief matter of Property'⁵⁷, en wel op het land in Amerika.⁵⁸ Een van zijn uitgangspunten is dat God de aarde aan de mensen tot gemeenschappelijk bezit gaf, bestemd tot gemeenschappelijk profijt. God kon, aldus Locke, dan ook nooit bedoeld hebben dat de aarde ongebruikt zou blijven. Integendeel, de aarde was bestemd voor de ijverigen en de verstandigen⁵⁹, niet voor de grillen en lusten van de twistzieken en de ruziezoekers.⁶⁰ Centraal in zijn betoog staat 'improvement', de verbetering van de aarde door arbeid. Nimmer schiep God iets voor de mens ter verspilling of ter vernietiging.⁶¹ Daarin past het ongebruikt laten van land niet, behalve dan in een staat van overvloed.

'For I aske whether in the wild woods and uncultivated wast of America left to Nature, without any improvement, tillage or husbandry, a thousand acres will yeild the needy and wretched inhabitants as many conveniencies of life as ten acres of equally fertile land doe in Devonshire where they are well cultivated?'⁶²

Locke probeert zijn lezers keer op keer van de zin van dit onderscheid te overtuigen. Soms in abstracto: de Indiaan maakt nog geen een/duizendste van wat het land door arbeid zou kunnen opbrengen⁶³; dan weer in concreto: is wijn niet meer waard dan water, en kleren en zijde niet meer dan bladeren, huiden of mos?⁶⁴

De feitelijke verwerving van de eigendom koppelde Locke aan de mogelijkheden van de individuele mens. Wie harder kon werken, had recht op meer. Eenieder kreeg dat gedeelte van het land in eigendom dat hij met zijn arbeid (of met dat van zijn knechten⁶⁵) kon bewerken. Misbruikte hij

56. Zo wordt de Indiaan eigenaar van het hert dat hij heeft geschoten. Het was immers het werk van *zijn* handen; Locke, par. 30. En op tal van andere plaatsen ook buiten het hoofdstuk over eigendom.

57. Locke, par. 32.

58. 'Thus in the beginning all the World was America', schrijft hij ergens (par. 49).

59. Locke spreekt over de 'Rational', nadat hij eerder had opgemerkt dat God de mensen, 'hath given the World . . . in common, hath also given them reason to make use of it to the best advantage of Life, and convenience', par. 26. Zie nader C.B. Macpherson, a.w. 1975, zie noot 54, p. 340/1.

60. Locke, par. 34.

61. Locke, par. 31.

62. Locke, par. 37.

63. Locke, par. 43.

64. Locke, par. 42.

65. Hier schuilt een adder in het gras. Zo wijst D.F. Scheltens, Eigendomsrecht, in Recht en Kritiek 1977, p. 128/9 er op dat in dat geval niet de knecht de eigendom verwierf, hetgeen men zou verwachten nu het *zijn* arbeid was, maar de baas. Zie ook G.E. van Maanen, a.w. 1987, zie noot 50, p. 100.

het land, of liet hij de voortbrengselen van het land verrotten, dan verloor hij daarmee ook het eigendomsrecht op, althans een gedeelte, van het land.⁶⁶ Wie evenwel meer aankon, kreeg ook meer en dat was ook kennelijk de maatstaf in het vroeg zeventiende eeuwse New England. Cronon citeert een anoniem 'Essay on the Ordering of Towns', waarin staat te lezen dat iedere bewoner wordt gegeven 'his due proportion, more or lesse according unto his present or apparent future occasion of Imployment.'⁶⁷

Locke besluit zijn betoog over eigendom met er op te wijzen dat de uitvinding van het geld de situatie veranderde. Door het geld werd het mogelijk om meer in eigendom te verwerven dan alleen het land dat de mens 'aankon'. Zo werd de eigendom van land gekoppeld aan de markt: het land werd wat wij nu zouden noemen een 'kapitaalgoed' dat men kon verwerven en gebruiken tot ver voorbij de grenzen van het pure eigen voortbestaan.

Zo werd de cirkel gesloten. De Indiaan bewerkte en gebruikte de grond niet of nauwelijks, meende Locke. Hij was eenvoudigweg lui, vonden veel kolonisten, en hij wist niet half wat de aarde hem kon opbrengen. Bij zulk een instelling paste geen recht van eigendom jegens anderen. Dat de Indiaan eenvoudigweg geen *behoefte* had aan meer, iets wat de kolonisten zich niet konden voorstellen – en zouden wij anders denken ...? – was nog slechts interessant voor de antropologen en historici, maar van enig praktisch belang was het niet meer.

'THE TRAIL OF TEARS'

De Indianen hielden dus niet *niets* over. Zij hadden – en sommigen hebben dat tot op de dag van vandaag – een juridisch afdwingbaar gebruiksrecht op het land. Het is dit gebruiksrecht, dit 'right of occupancy' dat men bedoelt als men spreekt over 'Indian title'.⁶⁸ Dit nu is in de loop van de tijd de officiële leer geworden. Maar zeker in die eerste jaren hadden tal van kolonisten al eigen overeenkomsten gesloten met groepen van Indianen. Na verloop van tijd werd duidelijk dat deze overeenkomsten in conflict kwamen met de officiële theorie waarin de Kroon de spil was in het toekennen van eigendomsrechten. Daarom werd al kort na de oprichting van de Bay Company bij wet bepaald dat 'noe person whatsoever shall buy any land of any Indean without leave from the Court.'⁶⁹

66. Locke, par. 37.

67. Cronon, a.w. 1983, zie noot 13, p. 73.

68. Zie voor de vraag hoe een Indianenstam het bestaan van dat gebruiksrecht moet aantonen uitvoerig M.J. Kaplan, Annotation - Proof and extinguishment of aboriginal title to Indian lands, 41 ALR Fed, p. 425 e.v.

69. Cronan, a.w. 1983, zie noot 13, p. 70.

De wet had hoofdzakelijk twee doelen. Zij moest vooreerst toekomstige problemen over eigendomsrechten voorkomen. De kans daarop was reëel zeker omdat de Indianen hun grond veelal verschillende keren 'verkochten'. Daarnaast beoogde de wet de Indianen tegen al te onvoordelige overeenkomsten te beschermen.⁷⁰ In 1790 zou, op aandringen van President Washington, een wet van kracht worden die voor het gehele koloniale gebied zou gaan gelden, de 'Indian Trade and Intercourse Act'.

Naarmate het land van gemeenschappelijk gebruik meer en meer in private eigendom overging, konden botsingen met de Indianen niet uitblijven. Nadat de kolonisten de eerste jaren na hun aankomst hadden overleefd, jaren waarin de strijd om het directe voortbestaan sterk voorop stond, braken betere tijden aan. Jaren van handeldrijven en, dus ook, van winst maken. De grond waarop zij leefden, was er ook niet meer alleen om voort te bestaan. Neen, grond werd, zoals Locke het had voorzien, tevens kapitaal.

Langzamerhand werden de Indianen westwaards gedreven. Doorgaans gebeurde dat door aankoop van grond, veelal voorafgegaan door geweld of de dreiging met geweld. De aankoop van land, waarmee dus het gebruiksrecht van de Indiaan ongedaan werd gemaakt, geschiedde enerzijds langs de officiële weg, waarbij door de Kroon, of later de Federale overheid het ene verdrag na het andere werd gesloten. Maar soms ook laptten individuele kolonisten of zelfs Staten de regels aan hun laars door met hun eigen overeenkomsten te sluiten, zonder inmenging van de Kroon of de Federale overheid.

De verdragen die de Indianen met de overheid sloten, verschilden onderling sterk. Vaak werd er een vredesgarantie over en weer in opgenomen, werden de grenzen van het door de Indianen over te dragen land vastgelegd, en werd vastgelegd waarheen de Indianen zouden verhuizen. Soms ook behielden de Indianen op het overgedragen stuk nog bepaalde rechten, om te vissen of om te jagen, en werden er bijvoorbeeld afspraken gemaakt over de onderlinge handel.⁷¹

Met name in de eerste jaren van de nieuwe Republiek vormden de Indianen bij de onderhandelingen over deze verdragen nog een vrij stevige tegenstander. Een van de oorzaken was dat de Federale overheid was uitgeput door de onafhankelijkheidsoorlog. Nieuwe oorlogen met Indianen, dat was wel het laatste waaraan zij toen dacht. Maar naarmate de jaren verstrekten, veranderde de krachtsverhouding. Er waren verschillende oorzaken. De eerste was dat de Amerikaanse overheid sterker werd en meer en meer

70. Zie Haar en Liebman, a.w. 1985, zie noot 2, p. 16, waar zij een dergelijke wet citeren: de South Carolina Act of December 18, 1739. Ook in Virginia werd in 1779 een vergelijkbare wet van kracht, waarin tevens alle eerdere overeenkomsten en 'eigendomsoverdrachten' tussen Indianen en individuele kopers ongeldig werden verklaard. Zie Marshall 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), op p. 585.

71. Zie uitvoerig Canby, a.w. 1988, zie noot 5, p. 84 e.v.

de voorwaarden kon dicteren. Omgekeerd werden de Indianen steeds zwakker. Met name gebieden waar de Indianen hadden geleden onder de ziektes van de kolonisten, of waar honger werd geleden, waren een gemakkelijke prooi. Alexis de Tocqueville schrijft in 1835 bijtend: 'Properly speaking therefore, it is not the Europeans who drive away the natives of America; it is famine, a happy distinction ...'⁷²

Soms ook waren de Indianen al in een zekere afhankelijkheidspositie van de blanken terecht gekomen, en konden zij bijvoorbeeld hun schulden niet meer inlossen. In die gevallen waren de Indianen gemakkelijke partners.⁷³ Canby wijst er bovendien op dat de Indianen per definitie al in het nadeel waren, omdat de verdragen in het Engels werden geschreven. De vertaling van de inhoud van een verdrag was vaak weinig precies.⁷⁴ Daarbij kwam natuurlijk het feit dat de verdragen onder het Anglo-Amerikaanse recht vielen, met begrippen die de Indiaan volstrekt vreemd waren. 'Eigendom' was zo'n begrip. Ofschoon niet alle verdragen even nadelig waren, kan men niet anders dan zeggen dat onder het mom van het recht en met dreiging van geweld de Indianen veelal van het ene gebied naar het andere werden verdreven. Vaak was er nog maar nauwelijks een verdrag gesloten, of de blanken wilden in hun honger naar meer land, al weer een nieuw.

Een dieptepunt was hetgeen gebeurde met de stam der Cherokees en een aantal andere stammen, in de staat Georgia. Sterk vereenvoudigd kwam de voorgeschiedenis hier op neer. Georgia was uit op de gebieden van Indianen, maar de Federale overheid was in de ogen van de politici in Georgia te traag in het kopen van de grond. Daarop bereidde de wetgever van Georgia een wet voor om de landen bewoond door Indianen onder de jurisdictie van Georgia te brengen. Om te voorkomen dat ze van hun gebieden, ten oosten van de Mississippi zouden worden verdreven, hadden de Cherokees, een vrij welvarende stam, in 1928 een eigen geschreven grondwet aangenomen, waarbij ze zichzelf uitdrukkelijk tot een onafhankelijke staat uitriepen. De staat Georgia, daarbij gesteund door de toenmalige President Jackson, een voormalig generaal die weinig ophad met Indianen, en die bij voortduring het sluiten van overeenkomsten met Indianen een absurditeit had genoemd⁷⁵, ontkende zowel de geldigheid van de grondwet als de claim dat de Cherokees een buitenlandse mogendheid waren.

In twee van zijn beroemde uitspraken, oordeelde John Marshall dat de

72. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, 1835, p. 352. Ik gebruikte een Engelse vertaling van het boek, de zogenoemde 'Henry Reeve text', herzien door Phillips Bradley, *Vintage Books New York*, Volume 1, Chapter XVIII, *The present and probable future condition of the Indian tribes that inhabit the territory possessed by the Union*.

73. Zie bijvoorbeeld het boek van James Axtell, *After Columbus, Essays in the Ethnohistory of Colonial America*, Oxford University Press, New York, Oxford 1987, p. 211/2.

74. Canby, a.w. 1988, zie noot 5, p. 85.

75. De affaire, de inleiding tot wat tegenwoordig heet 'the trail of tears', leest als een span-→

Cherokees inderdaad geen buitenlandse mogendheid vormden, maar wel een 'domestic dependent nation'. De wetten van de staat Georgia golden er niet en de inwoners van Georgia hadden geen recht het gebied van de Indianen te betreden zonder hun toestemming. De staat Georgia kon bovendien niet zonder de instemming van de Cherokees en zonder de toestemming van de Federale overheid de Indianen van hun land verwijderen.⁷⁶ Deze twee uitspraken zouden tot op de dag van vandaag de basis vormen waarop de speciale juridische relatie (een trust-relatie⁷⁷) van de Indianen ten opzichte van de Federale overheid is gebaseerd. Bovendien zouden de Cherokee-cases later worden gezien als de ernstigste crisis tot dan toe in de verhouding tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht.⁷⁸

'John Marshall has made the decision', zou een woedende president Jackson toen hebben gezegd, 'now let him enforce it.'⁷⁹ In de Removal Act van 1 mei 1830 verschaftte het Congres uiteindelijk, na bittere debatten, het geld om nieuwe verdragen af te sluiten met de verschillende stammen. Die gingen akkoord, zogenaamd vrijwillig, maar in feite onder dwang en door omkoping.⁸⁰ In de winter van 1831 konden de eersten, stam der Choctaw, vertrekken. In een barre tocht liepen zij tot ver voorbij de Mississippi. Het was Alexis de Tocqueville die hen in Memphis tegenkwam. In zijn befaamde boek *Democracy in America* (1835) beschrijft hij wat hij zag. Het zou mij spijten, schrijft hij, als mijn lezers zouden denken dat ik een al te gekleurd beeld schets. Ik heb het met mijn eigen ogen gezien:

'It was then the middle of winter, and the cold was unusually severe; the snow had frozen hard upon the ground and the river was drifting huge masses of ice. The Indians had their families with them, and they brought in their train the wounded and the sick, with children newly born and old man on the verge of death. They

→ nend jongensboek. Zie uitvoerig het boek van W.H. Blumenthal, *American Indians Dispossessed*, Arno Press, New York, 1975, hoofdstuk 3.

76. *Cherokee Nation v. State of Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 en *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. 515, 8 L.E. 483 (1832); Worcester was een Methodisten dominee die zich had verzet tegen de gedwongen verplaatsing van de Cherokees en de confiscatie van hun land. Hij en enkele anderen weigerden zich naar de nieuwe wetten van Georgia te gedragen, waarop hij werd veroordeeld tot vier jaar dwangarbeid. De beslissing van het Supreme Court vernietigde die veroordeling. Niettemin weigerde Georgia de dominee vrij te laten en hield hem nog vier maanden vast, hetgeen de constitutionele spanning waarin de VS met de uitspraken van Marshall terecht kwam treffend weergeeft.

77. Deze 'trust relationship' zou later in een serie van rechterlijke uitspraken worden uitgewerkt. Niettemin blijft tot de dag van vandaag de verhouding een onduidelijke. Zie o.m. Canby, a.w. 1988, noot 5, p. 32 e.v.

78. C. Warren, *The Supreme Court in United States History*, 1923, p. 189.

79. Deze uitspraak wordt veelvuldig geciteerd, maar het staat allerm minst vast dat Jackson dit heeft gezegd; hij zal het vast hebben gedacht.

80. Canby, a.w. 1988, zie noot 5, blz. 16/7. Hoe dat ging beschrijft Blumenthal, a.w. 1975, zie noot 75, p. 75 e.v.

possessed neither tents nor wagons, but only their arms and some provisions. I saw them embark to pass the mighty river, and never will that solemn spectacle fade from my remembrance. No cry, no sob, was heard among the assembled crowd; all were silent. Their calamities were of ancient date, and they knew them to be irremediable. The Indians had all stepped into the bark that was to carry them across, but their dogs remained upon the bank. As soon as these animals perceived that their masters were finally leaving the shore, they set up a dismal howl and, plunging all together into the icy waters of the Mississippi, swam after the boat.⁸¹

De Tocqueville gaat dan verder met op te merken dat de verdrijving van de Indianen tot op de dag van vandaag (halverwege de vorige eeuw) plaatsvindt 'in a regular and, as it were, a legal manner'. Toch staat vast dat vele verdragen slechts tot stand konden komen onder de dreiging van geweld en door middel van alle mogelijke trucs. Maar het effect was er niet minder om: de Indianen vertrokken uit hun gebieden, en de blanken konden grote stukken land aan hun bezit toevoegen.

Niet altijd won het onrecht. Soms, vaak eeuwen later, zou de voortvaardigheid van de individuele blanken, of zelfs van de Statelijke overheid, hen nog duur te staan komen. Dat gold met name voor die gevallen waarin zij zich niets aantrokken van het vaste beginsel dat het de Kroon is, en na de revolutie de Federale overheid, die goedkeuring moet verlenen aan transacties tussen blanken en Indianen. Schending van dat beginsel tóen kan, tot op de dag van vandaag, leiden tot een nietige titel van overdracht, zoals bleek uit de Oneida-case van 1985.⁸²

ONTEIGENEN ZONDER BETALEN

De 'Indian title' komt niet alleen tot een eind door aankoop, maar ook door een eenvoudige 'taking', door onteigening door de Federale overheid. Men zou denken dat in zo'n geval de overheid een schadeloosstelling verschuldigd is aan de Indianen wier grond wordt afgenomen, maar zo eenvoudig is het niet. Op zichzelf verplicht het Amerikaanse Fifth Amendment de overheid tot schadeloosstelling in het geval van onteigening.⁸³ Maar in 1955 besliste het Supreme Court anders: alleen als het gaat om een stam met een 'recognized title' bestaat er een verplichting tot schadevergoeding.⁸⁴ Een enkele 'Indian title' is daarvoor onvoldoende. Zelfs het feit dat men in een reservaat woont, geeft niet automatisch een recht op compen-

81. De Tocqueville, a.w. 1835, zie noot 72, p. 352/3

82. County of Oneida Indian Nation, 470 U.S. 226 (1985)

83. Het slot van Amendment V luidt: '... nor shall private property be taken for public use without just compensation.'

84. Tee-Hit-Ton Indians v. United States, 348 U.S. 272 (1955)

satie. Het begrip 'recognized title' was nieuw: slechts een uitdrukkelijke erkenning door het Congres geeft zo'n 'recognized title'.

Natuurlijk kan de overheid zich om andere redenen gehouden voelen om schadevergoeding te betalen, maar een verplichting is het niet.⁸⁵ In brede kring vindt men de beslissing van het hof uiterst onrechtvaardig. Als men tussen alle juridische argumenten door (en ook daarop bestaat veel kritiek⁸⁶) op zoek gaat naar de werkelijke motieven om de overheid te ontslaan van een verplichting tot compensatie, dan wordt weer duidelijk met welk een probleem Amerika met zijn Indianen zit.

Het eerste motief zou van puur financiële aard kunnen zijn. Al in een eerdere procedure had de overheid een lijstje geproduceerd van de gevolgen die een verplichting tot schadeloosstelling zou hebben als alle lopende zaken als Fifth-Amendment-zaken zouden worden beschouwd: de kosten zouden \$ 9 000 000 000 bedragen, waarvan acht miljard aan rente.⁸⁷

Maar er zou nog een ander motief kunnen zijn. De Tee-Hit-Ton-beslissing viel in 1955, één jaar nadat het Congres het besluit had genomen tot een ingrijpende wijziging in zijn politiek ten opzichte van de Indianen. Het congres wilde zo snel mogelijk de Indianen gelijkschakelen met alle overige Amerikanen. Binnen de grenzen van de Verenigde Staten zouden zij onderworpen moeten zijn aan precies dezelfde wetten, dezelfde voorrechten hebben, maar ook onderworpen zijn aan dezelfde verantwoordelijkheden en verplichtingen.⁸⁸ Bijna alle Amerikanen hadden immers een proces van assimilatie moeten doormaken, en waarom zou dat anders zijn, zo was de redenering, voor Indianen?

Dat gold ook voor het probleem van de rechten van Indianen op de grond. Newton wijst erop dat een tweetal leden van het Supreme Court die Tee-Hit-Ton wezen, al in een eerdere zaak absoluut niet konden inzien waarom Indianen zo'n bevoorrechte positie zouden mogen innemen als het gaat om onroerend goed. Met onverholen sarcasme oordeelden zij toen, in een concurring opinion, over Indiaanse aanspraken:

'Ownership meant no more to them than to roam the land as a great common, and to posses and enjoy it in the same way that they possessed and enjoyed sunlight and the west wind and the feel of spring in the air. Acquisitiveness, which develops a law of real property, is an accomplishment only of the 'civilized'.⁸⁹

85. Zo ontvingen in 1971 Indianen in Alaska een bedrag van één miljard dollar voor het afstaan van grote stukken van hun land.

86. Een van de belangrijkste critici is N.J. Newton geweest, *At the whim of the sovereign: aboriginal title reconsidered*, *The Hastings Law Journal* 1980, p. 1215 e.v.

87. Newton, a.w. 1980, blz. 1249, voetnoot 201, komt tot de conclusie dat de Staat dit bedrag enorm heeft opgeklept. Zelf komt hij, in 1980, uit op een bedrag van maximaal \$ 1 000 000 000.

88. H.Con.Res 108, 83rd Cong. 1st Sess., 67 Stat. B132 (1953); zie uitvoeriger Newton, a.w. 1980, p. 1249 e.v. en Canby, a.w. 1988, zie noot 5, p. 25 e.v.

89. *Northwestern Bands of Shoshone Indians v. United States*, 324 U.S. 335 (1955), op p. 357.

Het lijkt een parodie op de brief van Chief Seattle, het motto van mijn artikel.

Twee dingen bevielen de beide rechters allerminst. In de eerste plaats het feit dat een stam van slechts 1500 Indianen destijds bij verdrag 15 000 000 acres land kreeg toegewezen. En in de tweede plaats zagen zij niet in waarom een aantal nakomelingen van die 1500 Indianen 'hav[ing] gone to the Happy Hunting Ground', recht zouden hebben op zo'n toevallig voordeeltje. Als de Indianen zelf geen idee hadden van privé-eigendom waarom zou de rechter dan – zo redeneerden ze – de overheid moeten verplichten tot het betalen van een schadeloosstelling aan Indianen die kennelijk 10 000 acres per persoon nodig hadden om zichzelf door de jacht en door een nomadisch bestaan in leven te houden? Vergelijk dat eens, zo voegden ze daaraan toe, met de wijze waarop 'our people' zichzelf in leven houden, met grote aantallen mensen op kleine stukken grond 'by greater efficiency and utilisation'.⁹⁰

Men hoort de oude kolonisten spreken: en ook al heeft het Congres in 1968 zijn beleid ten opzichte van de Indianen voor de zoveelste maal weer geheel omgegooid met het aannemen van de 'Indian Civil Rights Act'⁹¹, een gelukkige 'Indiaanse' toekomst staat voor de ruim een half miljoen Indianen lang niet vast. Maar dat wat Alexis de Tocqueville anderhalve eeuw geleden vreesde, is óók nog niet gebeurd: dat de Indianen in de toekomst nog slechts zouden bestaan in 'the recollection of the antiquaries of America and a few of the learned of Europe'.⁹²

90. Idem p. 358.

91. Indian Civil Rights Act of 1968, 82 Stat. 77, 25 U.S.C.A. par. 1301 e.v.

92. De Tocqueville, a.w. 1835, zie noot 72, p. 352.