



HAL
open science

Protection des enfants autochtones aux Etats-Unis : souveraineté des tribus et autorité fédérale

Claire Palmiste

► **To cite this version:**

Claire Palmiste. Protection des enfants autochtones aux Etats-Unis : souveraineté des tribus et autorité fédérale . Bénavidès, Christine, Palmiste, Clara, Fejić, Nenad. Liberté et Oppressions : Approches pluridisciplinaires, L'Harmattan, 2013. hal-01672986

HAL Id: hal-01672986

<https://hal.univ-antilles.fr/hal-01672986>

Submitted on 17 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PROTECTION DES ENFANTS AUTOCHTONES AUX ETATS-UNIS :
SOVERAINETE DES TRIBUS ET AUTORITE FEDERALE

Claire Palmiste, Université des Antilles.

Alors que l'article I section 8 de la Constitution des Etats-Unis considère de fait les tribus autochtones comme des entités souveraines et étrangères à la nation américaine, quatre décennies plus tard, le verdict de la Cour suprême dans l'affaire opposant l'Etat de Géorgie à Worcester (1832) révéla le changement radical de politique à leur égard. Les Etats-Unis refusaient dorénavant de reconnaître leur souveraineté, pour les considérer comme des pupilles de la nation américaine. Les années 1950 marquèrent un tournant décisif dans la relation entre le gouvernement américain et les tribus autochtones, puisque le gouvernement fédéral transféra ses prérogatives aux Etats, qui devaient dès lors intégrer pleinement les Autochtones au mainstream.

L'ambiguïté du statut des tribus transparaît dans l'*Indian Child Welfare Act* (1978), législation qui avait pour but de limiter l'adoption d'enfants autochtones par des familles blanches aux Etats-Unis.

Dans quelle mesure l'*ICWA* traduit-elle le dilemme entre la pleine reconnaissance de l'autorité des tribus et la limitation de celle-ci ? Quels en furent les impacts sur la protection de l'enfance autochtone ?

Mots clés : Adoption trans-raciale, *Indian Child Welfare Act*, souveraineté des tribus autochtones, fédéralisme

PROTECTING NATIVE AMERICAN CHILDREN: TRIBAL SOVEREIGNTY AND
FEDERAL JURISDICTION

While article I section 8 of the U.S. Constitution officially acknowledged that Native tribes were foreign independent nations, four decades later the Supreme Court's decision in *Georgia VS Worcester* (1832) highlighted the radical change of policy towards them. The United States refused to recognize their status as sovereign nations, treating them instead as wards of the government. The 1950s embodied a change in the relationship between the U.S. government and Native tribes, as the federal government transferred its responsibilities to the states that were to integrate Native people into the mainstream.

The ambiguity of the status of tribal governments permeates through the *Indian Child Welfare Act* (1978), a law that purported to stop the massive adoption of Native children by white families.

To what extent the ICWA reveals the dilemma between the full acknowledgement of tribal authority and its limitation? What were the impacts on the welfare of Native children?

Keywords: Transracial adoption, *Indian Child Welfare Act*, tribal sovereignty, federalism.

PROTECTION DES ENFANTS AUTOCHTONES AUX ETATS-UNIS : ENTRE SOUVERAINETE DES TRIBUS ET AUTORITE FEDERALE

Claire Palmiste, Université des Antilles.

Les concepts d'oppression et de liberté ont été largement traités dans les domaines philosophique, légal, sociologique, idéologique et littéraire. Ils sont souvent mis en opposition : l'oppression représentant la négation de droits universels et la limitation des libertés, tandis que la liberté permet de jouir de ses droits fondamentaux. Même si ces concepts sont souvent opposés, il n'en demeure pas moins que dans certains cas la limitation de la liberté est vue comme un mal nécessaire au bon fonctionnement d'une société. Si on se réfère aux discours de Rousseau (*Du contrat social*, 1762) et de Locke (*Two Treatises of Government*, 1689), la notion de limitation et de restriction est fondamentale, encore faut-il qu'elle découle d'un consensus et qu'elle serve l'intérêt de tous.

Ce n'est pas, par conséquent, la limitation *per se* qui poserait problème, mais plutôt l'impossibilité d'une négociation entre les individus et les groupes. Le degré de limitation fait qu'elle est perçue comme nécessaire ou au contraire comme oppressante. Une analyse pertinente de ces deux concepts doit donc tenir compte des notions de négociation et d'imposition. La négociation est définie comme « une relation d'influence dont le but est de résoudre des incompatibilités par la construction d'un accord, nécessitant la participation volontaire des individus intéressés ». ¹ L'imposition se définit comme l'action d'obliger à subir ou à faire une chose généralement pénible ou difficile.

Cet article mettra en évidence les rapports ambigus entre les tribus autochtones et le gouvernement états-unien et leur impact sur la protection des enfants autochtones entre 1950 et 1980. Notre hypothèse de départ est que la complexité des relations entre les deux groupes transparait dans le domaine de la protection infantile. L'*Indian Child Welfare Act*, loi qui jeta les fondements de la protection des enfants autochtones en 1978, permet d'entrevoir la base sur laquelle les tribus autochtones et le gouvernement fédéral négocièrent leur autorité respective. Cette négociation mit fin à une pratique qui s'était développée dans les années 60-70 : le placement massif d'enfants autochtones dans des foyers adoptifs blancs. Notre première partie s'attachera à montrer l'ambiguïté du statut des tribus autochtones, ballottées entre leur souveraineté revendiquée et leur dépendance vis-à-vis du gouvernement fédéral. La deuxième partie présentera l'impact d'une telle ambiguïté sur la protection des enfants autochtones aux Etats-Unis.

¹ Hogue, Jean-Pierre, Denis Levesque, Estelle M. Moroi. *Groupe, pouvoir et communication*. Québec : Presses de l'université du Québec, 1998: 98.

La souveraineté constitue l'autorité qui régit et organise le fonctionnement d'une société. Le terme « souveraineté », appliqué aux tribus autochtones fait sourire beaucoup d'Américains qui pensent qu'il s'agit là de la nostalgie d'une grandeur passée, en bref une chimère. Selon l'historien autochtone, Vine Deloria, même si les tribus autochtones disposent bien d'une langue, d'une religion et de coutumes qui les rendent distincts des autres américains, il leur manque quelques éléments constitutifs d'une Nation, à savoir une population significative, un territoire développé, et un pouvoir militaire et économique (qui inclut la possession d'une monnaie) (Deloria, 1998:1). D'autres chercheurs affirmèrent que la souveraineté tribale n'était pas un concept statique, mais au contraire, un concept qui variait avec le temps suivant les caprices du Congrès et de la Cour suprême états-unienne (Bruce Elliott Johansen, et al, 2008 :177). Ils justifient leur position en se référant aux multiples décisions et législations qui se contredisent. Vine Deloria fait la distinction entre souveraineté (qu'il nomme : nationhood) et autonomie (self government). Il définit ainsi la souveraineté comme un processus de prise de décision qui se fait au sein de la communauté, communauté qui est en fait complètement hors de l'influence de facteurs extérieurs quand elle doit considérer sa marge d'action (Vine Deloria, 1998:13). En d'autres mots, pour être des nations souveraines les tribus autochtones devraient prendre leurs propres décisions sans subir de pressions extérieures. Or, la réalité est tout autre. Selon Deloria cette prétendue autonomie masque l'ingérence d'un pouvoir extérieur qui autorise les tribus autochtones à prendre des décisions seulement localement. Néanmoins, cette prise de décision est encadrée de très près, de sorte qu'elle s'aligne avec les objectifs et les politiques de l'autorité supérieure (Deloria, 1998 : 14). Certains considèrent que l'autonomie est un prétexte pour apaiser la conscience d'un groupe, qui après avoir détruit les structures sociale, économique et politique d'un autre groupe, lui fait la faveur de lui accorder un pouvoir limité. Les tribus autochtones revendiquent leur autonomie, mais dépendent du gouvernement fédéral pour le financement de programmes sociaux et économiques (santé, instruction, allocations familiales, permis d'exploitation des matières premières). Cette dépendance existe également dans le domaine légal, car les lois des tribus doivent s'aligner sur les lois des Etats. Le Congrès définit l'autonomie comme « tout pouvoir (exécutif, législatif, judiciaire) exercé par une tribu, y compris tous les organes par lesquels cette autorité s'exerce (agences, organismes et tribunaux) et l'autorité inhérente des tribus reconnue et affirmée d'exercer la juridiction pénale sur leur territoire » (L'Indian Civil Rights Act de 1968 article 1301 paragraphe 2). Quelques lignes plus loin le Congrès fixa le cadre strict dans lequel cette autonomie devait s'exercer, c'est-à-dire dans celui de la Constitution. Ce qui nous amène à nous interroger sur les limites fixées à l'exercice de l'autorité tribale. Si des limites existent, peut-on toujours parler

de souveraineté ou d'autonomie partielle voire de souveraineté symbolique? Sur quelle base, cette souveraineté symbolique repose-t-elle ? Quels sont les principaux domaines où la « souveraineté » des tribus autochtones est niée au profit de l'autorité fédérale ?

La négation de la « souveraineté » des tribus transparait dans le domaine légal, à travers des mesures qui empêchaient les Autochtones de gérer eux-mêmes leur propre territoire et d'exercer leur juridiction pénale et civile. Nous examinerons tout d'abord les mesures qui constituèrent un obstacle au pouvoir des tribus autochtones dans la gestion et l'organisation de leur territoire. Il est nécessaire de rappeler que dès L'article I paragraphe 8 de la Constitution des Etats-Unis (17 septembre 1787) le Congrès reconnut sa pleine autorité pour signer des traités et mener des échanges commerciaux avec les tribus autochtones. Ces dernières furent présentées comme des nations étrangères à la nation états-unienne et en même temps comme des partenaires commerciaux avec un statut les plaçant au dessus des lois des Etats. Le quatorzième Amendement renforça cette idée d'indépendance des tribus autochtones vis-à-vis des Etats, car comme leurs membres étaient exemptés d'impôt, cela signifiait qu'elles avaient donc autorité pour organiser leur propre mode d'imposition. Le gouvernement états-unien à travers l'article 3 de l'Ordonnance du Nord-Est du 13 juillet 1787 (Northwest Ordinance) se porta garant du respect du statut particulier des tribus autochtones. Quelques décennies plus tard, l'Etat de Géorgie dans une tentative de justifier le déplacement des Cherokees vers les terres inhospitalières de l'Ouest, fit voter un décret visant à interdire tout velléité de souveraineté des Cherokees. Ceux-ci avaient affirmé leur souveraineté dans l'élaboration de leur constitution. La Nation cherokee saisit la Cour suprême en 1831. Cette dernière à travers la décision du chef de Justice Marshall débouta les Cherokees arguant qu'ils n'étaient pas une nation souveraine capable de poursuivre un Etat devant la Cour suprême. Ce verdict fut paradoxal, car la Cour suprême affirmait que les Cherokees étaient une nation dépendante (dependent domestic nation), tout en reconnaissant que les nations indiennes avaient toujours été considérées comme des communautés à part entière et politiquement indépendantes, bénéficiant de leurs droits naturels en tant que propriétaires incontestés de la terre depuis des temps immémoriaux (Deloria, 1998: 17).

Alors que le 18ème siècle fut marqué par une opposition armée des tribus qui contestaient l'usurpation de leur territoire par les colons et l'occupation négociée de leur territoire par la signature de traités, le 19ème siècle signifia un tournant décisif dans les rapports entre les deux groupes. Le gouvernement opta pour une toute autre stratégie : l'assimilation rapide des Autochtones à la société états-unienne, ce qui impliqua au préalable un bouleversement de l'organisation sociale, politique et économique des tribus, en vue de les « civiliser ». Cette politique d'assimilation (à travers la

réorganisation spatiale du territoire, l'instruction, la religion) contribua à limiter l'autonomie des tribus autochtones pourtant reconnue par la Constitution. En 1871 le Congrès décida de ne plus signer de traités avec elles. Cette décision impliquait que ces communautés qui constituaient une diversité du point de vue culturel et linguistique allaient être traitées comme une entité homogène, ce qui invalidait les traités définissant les conditions spéciales d'interaction entre chaque tribu et le gouvernement fédéral. La décision d'appliquer un traitement commun aux tribus autochtones fut suivie de mesures qui visaient à les faire épouser les valeurs de la société dominante. La loi sur le Morcellement votée en 1887 (General Allotment Act) avait pour but de pousser les Autochtones à devenir des agriculteurs. En réalité, elle permettait de disposer du surplus de terres non cultivées et de « sevrer » les Autochtones de leurs liens tribaux. Traditionnellement, la terre était collectivement gérée par la tribu et la notion de propriété individuelle était étrangère à celle-ci. La philosophie autochtone considère la terre comme une mère nourricière qui ne peut appartenir à aucun individu. Par le biais de la Loi sur le Morcellement, le Congrès fit prévaloir son autorité en imposant aux tribus un modèle d'organisation sociale et spatiale qui reflétait la culture de la majorité. Même si les 5 tribus civilisées (Cherokee, Choctaw, Creek, Chickasaw et Séminole) ainsi que les tribus Osage, Miami, Peoria, Sac and Fox et la Nation sénéque, échappèrent aux dispositions de la loi (General Allotment Act, article 8), elles durent s'y soumettre 11 ans plus tard et proposer un programme de morcellement au secrétaire à l'intérieur sous peine de voir leur territoire morcelé sans consultation (Curtis Act, 27 juin 1898). Durant cette même période, les enfants autochtones étaient placés dans des pensionnats hors de la réserve afin d'apprendre les valeurs de la société dominante. L'Indian Civilization Act de 1819 finançait les programmes scolaires (apprentissage de l'anglais, arithmétique, et instruction chrétienne) pour civiliser les enfants autochtones (Johansen, Bruce Elliott, 2008 : 540).

Le non-respect de l'autonomie des tribus autochtones par le gouvernement fédéral se manifesta également dans le domaine juridictionnel. L'ingérence dans l'organisation politique des tribus autochtones était la preuve que ces communautés ne bénéficiaient que d'une autonomie relative. Deux lois, le Major Crimes (1887) et le Public Law 280 (1953) furent emblématiques de l'attitude du gouvernement fédérale à nier les droits des tribus autochtones à exercer la juridiction civile et pénale sur leur territoire. Le 5 août 1881 Crow Dog, un célèbre guérisseur Lakota, tua un chef Brule Sioux nommé Spotted Tail. Les familles des deux chefs se rencontrèrent afin de convenir d'une forme de compensation pour la famille de la victime. A l'issue de la discussion, la famille de Crow Dog accepta de donner à la famille de Spotted Tail, 600 dollars en espèce, 8 chevaux, et une couverture en guise de dédommagement. Cette négociation souleva la consternation des Etats-Uniens. Le procureur du Dakota, mécontent de cet

arrangement, décida de poursuivre Crow Dog en justice. Le tribunal d'Etat décida que ce dernier devait mourir par pendaison. Crow Dog fit appel et en décembre 1883, la Cour suprême annula la sentence, déclarant que les Etats-Unis n'avaient pas de juridiction pénale sur les Autochtones résidant dans les réserves et que les tribus autochtones, en tant que nations indépendantes avaient le droit d'appliquer leur propre loi sur leur territoire (Sidney L. Haring, 1994 :1). Deux ans après avoir rendu son jugement, le Congrès vota la loi Major Crimes (1887). Cette loi marqua l'érosion de l'unité politique tribale. En effet, elle stipulait que les tribunaux fédéraux avaient la juridiction pénale quand les crimes suivants étaient commis par les Autochtones dans les réserves : meurtre, viol, tentative de meurtre, cambriolage, incendie volontaire, vol simple et homicide involontaire. Cela signifiait qu'en cas d'homicide volontaire, par exemple, la police tribale devait dresser un procès verbal au procureur fédéral qui déterminait s'il devait y donner suite. Cette loi enlevait toute légitimité aux conseils tribaux pour faire respecter l'ordre sur la réserve, la police tribale n'intervenant que pour les délits mineurs. Cette loi installait une sorte d'impunité pour les non-autochtones qui commettaient des crimes dans les réserves, car si les tribunaux tribaux n'avaient pas la juridiction pour juger leurs propres membres, ils ne l'avaient pas non plus pour poursuivre les non-autochtones.

La loi publique 83-280, communément appelée le P.L. 83-280, fut votée le 15 août 1953 par le Congrès, dans un contexte politique où ce dernier voulait mettre fin à ses responsabilités à l'égard des tribus autochtones en transférant les services de santé et d'éducation aux Etats. A l'issue du rapport de la commission Hoover (1949) recommandant d'en finir avec la mise sous tutelle fédérale des tribus pour leur permettre de participer pleinement à la vie de la nation, le Congrès prit des dispositions afin de transférer ses prérogatives aux Etats. La loi P.L. 280 avait officiellement pour objectif d'en finir avec la criminalité qui sévissait dans les réserves. En réalité, elle fut adoptée pour palier l'absence de structures judiciaires dans certaines réserves et le manque de subvention allouée pour leur fonctionnement. Six Etats (Californie, Nebraska, Wisconsin, Oregon, Minnesota et Alaska) obtinrent la juridiction civile et pénale dans les réserves. Même si dans l'ensemble, les tribunaux d'Etat interprétèrent la loi comme la fin de l'exercice de la juridiction tribale dans les affaires civiles et pénales, la loi garantissait aux tribus autochtones des 6 Etats la protection de leurs propriétés et de leurs droits reconnus par les traités ainsi que la conservation de leurs ordonnances et coutumes, à condition que celles-ci soient en accord avec les lois civiles appliquées dans les Etats (article 1322 paragraphe c). Même si la clause de complémentarité entre tribus autochtones et Etat est implicitement formulée dans les articles 1321 et 1322 paragraphe A, qui stipulent que « les Etats-Unis donnent leur consentement pour que tout Etat qui n'a pas la juridiction dans les actions civiles et pénales engagées par des Indiens sur leur territoire l'assume avec l'accord de la tribu

occupant le territoire concerné », les Etats n'en tiennent pas compte et imposent leur interprétation. Le président Dwight Heisenhower qui ratifia la loi émit des réserves quant à la sagesse de certaines de ses dispositions et recommanda que l'accord des tribus soit obtenu par référendum avant l'application de cette loi sur tout le territoire états-unien. Depuis, aucune tribu n'a donné son accord pour partager sa juridiction. Quinze ans plus tard, L'Indian Civil Rights Act (1968) redéfinit l'autorité des instances tribales en limitant leur juridiction pénale. Ainsi, la loi stipula que les tribus ne pouvaient imposer à un délinquant une peine de prison allant au-delà d'une année ou une caution excédant 5 000 dollars ou les deux (article 1307 paragraphe 7).

On peut se demander si la complexité des rapports entre tribus et gouvernement fédéral ne s'inscrirait pas dans un cadre plus large, celui du difficile équilibre des pouvoirs entre gouvernement national et gouvernement des Etats. Même si la Constitution fixe les domaines de souveraineté de chaque gouvernement, il n'en demeure pas moins que le partage des pouvoirs entre Etats et gouvernement fédéral varie en fonction de la situation économique, sociale et politique. Le fédéralisme, système de gouvernement par lequel le gouvernement national et les Etats se partagent des domaines bien définis, a revêtu plusieurs formes.² Par exemple, la période qui s'étend de 1865 à 1901 a été nommée « double fédéralisme » avec une ingérence croissante du gouvernement national dans des domaines constitutionnellement réservés aux Etats. La période qui va de 1901 à 1960 est considérée comme un « fédéralisme coopératif », car le gouvernement fédéral intervint pour aider les Etats dans un contexte de crise.³ Les changements successifs de politiques à l'égard des tribus autochtones reflètent le désir du gouvernement fédéral de s'aligner sur les politiques des Etats et la volonté de faire respecter les droits des tribus. L'ICWA mit à jour la suprématie du gouvernement fédéral dans la gestion des affaires autochtones, ce qui légitimait son intervention dans un domaine traditionnellement réservé aux Etats, celui de la famille. Néanmoins, il respecta la prévalence des législations d'Etat sur celles des tribus.

Nous examinerons dans cette seconde partie les manifestations de cette double tendance et son impact sur la protection des enfants autochtones.

L'adoption trans- raciale d'enfants autochtones s'inscrit dans le contexte de transfert aux Etats des responsabilités du gouvernement fédéral dans la gestion des tribus autochtones. Les années 50 symbolisèrent une période de bouleversement pour les communautés autochtones dont les membres

² Holdstedt, V. Melissa. *Federalism : History and Current Issues*. New York: Novinka Books, 2006:2-3

³ Ibid, pp: 10-13.

partaient s'installer dans les zones urbaines de Los Angeles, Phoenix, Albuquerque, Minneapolis et Milwaukee avec l'aide financier du BIA. Cette migration devait leur permettre d'échapper aux conditions de vie difficiles des réserves. C'est dans ce contexte particulier qu'eut lieu la séparation des enfants autochtones de leur famille. La mise en place du Projet d'Adoption d'Indiens en 1958 par le Bureau des Affaires Indiennes, la Ligue américaine de protection de l'enfance (Child Welfare League of America) et par le Bureau des Enfants (Children's Bureau), convainquit plusieurs agences à placer des enfants autochtones dans des familles blanches. Même si le projet (expérimentation sur l'adaptation des enfants autochtones dans les foyers adoptifs blancs) n'a entraîné le placement adoptif que de 395 enfants autochtones, il entraîna la généralisation de cette pratique sur tout le territoire états-unien. On estime à près de 12 881 le nombre d'enfants à avoir été adoptés entre 1959 et 1976 (Claire Palmiste, 2011 : 111-113). Cette estimation ne s'appuie que sur les données de quelques agences d'adoption, ce qui laisse supposer que le nombre d'adoptions était plus important. Un rapport du Bureau des Programmes éducatifs des Indiens révélait qu'en 1974, 29 184 enfants autochtones se trouvaient dans des pensionnats ou des dortoirs gérés par le BIA⁴, un précédent rapport du BIA avait indiqué que 34 538 enfants autochtones étaient dans des pensionnats⁵. Ces données aident à se rendre compte de l'ampleur de l'éloignement des enfants de leur communauté à travers les placements en foyer adoptif ou d'accueil et en pensionnat.

L'opposition des tribus quant aux retraits de leurs enfants se manifesta en 1968 par l'organisation d'une conférence de presse à New York par l'Association des Affaires Autochtones (AAIA). Celle-ci voulait sensibiliser l'opinion publique sur le grand nombre d'enfants qui étaient séparés de leur famille. Accompagnée d'une délégation de la tribu du Devils Lake sioux, elle dénonça les attaques répétées du comté pour forcer la tribu à laisser adopter ses enfants par des familles blanches. A l'issue de la mobilisation des associations autochtones, le Congrès tint des auditions en 1974, en 1977 et en 1978 pour connaître l'ampleur des retraits sur le plan national. Un projet de loi, S.1214 fut adopté par le Sénat le 4 novembre 1977 afin de fixer les cadres de la protection des enfants autochtones. Le 14 octobre 1978, la Chambre des représentants révisa le projet de loi initial en le nommant H.R. 12533. Quels furent les enjeux précédant la rédaction de la loi Indian Child Welfare Act (8 novembre 1978) ?

Nous débuterons notre analyse en comparant les 2 projets de loi, S.1214, adopté par le Sénat et le projet de loi H.R. 12533, adopté par la Chambre des

⁴ 95^{ème} Congrès, 1^{ère} session, 4 avril 1977, p: 603.

⁵ Rapport de la Chambre des représentants, H.R. 95-1386. 95^{ème} Congrès, 2^{nde} session, 24 juillet 1978, pp:1-33.

Représentants afin de révéler les tensions dans le partage des autorités. Il faut rappeler que toutes les tribus à l'exception de celles qui résident dans les 6 Etats régis par le P.L. 280, ont le droit d'exercer leur juridiction civile sur leur territoire. Ce qui veut dire, que le gouvernement états-unien n'avait en théorie nul besoin de légiférer sur les conditions de protection des enfants autochtones. Or, c'est ce qu'il fit en 1978. Il motiva sa démarche par le taux alarmant d'enfants autochtones enlevés à leurs parents et le non-respect par les Etats des droits des Autochtones. Les auditions de 1977 avaient fait ressortir quatre situations qui aggravaient la crise dans les familles autochtones : l'ignorance des parents sur la nature des documents qu'ils signaient, leur absence lors des audiences au tribunal, l'attitude méprisante des travailleurs sociaux à l'égard des cultures autochtones et le défaut de consultation et de transmission d'informations aux instances tribales (Claire Palmiste, 2011 :158).

Tout d'abord, pour justifier son intervention dans la sphère familiale qui constitutionnellement relève de la compétence des Etats, le Sénat mit en avant son pouvoir plénier, celui de réguler le commerce avec les nations étrangères, les différents Etats et les tribus indiennes. Il souligna ses responsabilités spéciales et ses obligations légales envers les peuples autochtones des Etats-Unis.⁶ Le ministère de la justice présenta ses objections quant à la mention des « responsabilités spéciales et aux obligations légales », arguant qu'elle pouvait déclencher des poursuites contre le gouvernement fédéral dans le cas où les plaignants estimerait qu'il aurait failli à ses responsabilités. Les deux chambres eurent des avis divergents sur la juridiction civile des tribunaux. Par exemple, le projet de loi S.1214 accordait un pouvoir étendu aux tribunaux tribaux pour statuer sur les placements adoptifs ou en foyer d'accueil d'un enfant autochtone résidant dans la réserve (article 102, paragraphes A et B). Quand le tribunal tribal ne disposait pas de structure adéquate pour exercer sa juridiction, le projet de loi prévoyait qu'il demande le transfert du dossier de l'enfant au tribunal d'Etat. Quand l'enfant ne résidait pas dans la réserve mais qu'il avait gardé des liens significatifs avec sa tribu, le tribunal tribal pouvait, avec l'accord du tribunal d'Etat, obtenir son transfert sous la juridiction tribale. Le Sénat consentit à laisser les tribunaux tribaux exercer leur juridiction civile tout en interférant dans cette juridiction. En effet, l'article 101 paragraphes A et B restreignait la marge de manœuvre des tribunaux tribaux quand la preuve était donnée que le retour de l'enfant dans sa communauté nuirait à son intégrité physique et émotionnelle. Il prévoyait que le tribunal d'Etat se charge de son placement provisoire. Les Etats pouvaient également ne pas transmettre le dossier d'un enfant résidant en milieu urbain au tribunal tribal s'ils motivaient leur refus par une « cause juste » (article 102 paragraphes A et C, article 103 paragraphe B). Le texte

⁶ 95th Congressional Record S, vol. 123, part 29, 1977: 37223.

de loi prévoyait la collaboration entre Etat et tribu pour l'établissement d'accords sur toutes les questions abordées par le projet de loi (article 102 paragraphe J). Le secrétaire à l'intérieur jouait un rôle prédominant pour subventionner les programmes d'aide familiale, l'homologation des foyers d'accueil et d'adoption, la création de crèches et de postes d'assistants familiaux et la formation des juges tribaux (article 201 paragraphe A). Il devait consulter les associations autochtones et les représentants tribaux avant d'établir les cadres légaux pour l'application de la loi et de sa publication dans le registre fédéral (article 401 paragraphe B)

La Chambre des représentants eut une toute autre approche qui limitait l'exercice de la juridiction des tribunaux tribaux. En effet, contrairement au projet de loi S.1214 qui établissait les compétences des tribunaux tribaux, le projet de loi H.R 12533 se limita à la définition de la juridiction des tribunaux d'Etat sur le placement des enfants autochtones. C'est vraisemblablement un changement de perspective qui dénotait la volonté de marquer la prédominance des lois des Etats sur l'autorité tribale. L'exercice de la juridiction des tribunaux tribaux pour le placement des enfants autochtones se trouva limité quand une telle compétence incombait à l'Etat, ainsi que les législations fédérales le préconisaient. En d'autres mots, la Chambre des représentants fit référence à la prévalence des tribunaux d'Etat des six Etats régis par le PL 280 (article 101, paragraphes A et B)⁷.

La différence de traitement appliqué aux enfants autochtones résidant en zone urbaine et ceux résidant dans la réserve participe largement encore maintenant au placement des enfants autochtones dans des foyers non-autochtones. Le législateur estime que les Autochtones étant des citoyens américains, les enfants autochtones résidant en zone urbaine sont sous la juridiction d'Etat. Selon l'acception commune les Autochtones des Etats-Unis sont devenus citoyens à part entière depuis 1924 avec la loi Indian Citizen Act. En fait, cette loi ne fit que généraliser un statut qui était déjà octroyé à une large majorité d'Autochtones. En effet dès 1887, les Etats-Unis permettaient à tout Autochtone propriétaire d'une parcelle de bénéficier mais aussi d'être assujetti aux lois civiles et pénales de l'Etat dans lequel il résidait. Il accordait par contre la citoyenneté *ipso facto* à tous les Autochtones qui décidaient de vivre hors de la réserve afin d'adopter les mœurs et les habitudes de vie « civilisée » (article 6 de la Loi sur le Morcellement, 8 février 1887). Ces dispositions ne devaient en aucun cas « affecter le droit de ces Indiens à la propriété tribale ni à aucune autre forme de propriété » (Loi sur le Morcellement, article 6). Les Autochtones sont donc assujettis à deux systèmes, tribal et fédéral. En outre, le cinquième amendement de la Constitution permet à tout citoyen d'être jugé par un tribunal d'Etat. Etant donné que les Autochtones sont des citoyens états-unis, rien n'empêche un tribunal d'Etat de statuer sur le placement des

⁷ 95th Congressional Record H, vol 124 part 28, 1978 : 38104

enfants autochtones. La notion de « cause juste » qui accorde la priorité à un tribunal d'Etat pour placer un enfant autochtone, la nécessité de liens culturels entre l'enfant et sa tribu, ainsi que la délimitation de la juridiction des tribunaux tribaux selon des critères spatiaux (juridiction exercée seulement pour les enfants résidant dans la réserve) laissèrent une brèche dans l'*ICWA* que certains tribunaux d'Etat exploitèrent.

Ces derniers créèrent la « doctrine de la famille existante » (existing family doctrine) pour refuser aux enfants autochtones ne résidant pas dans la réserve la protection de l'*ICWA*. Ces tribunaux fixaient les critères à partir desquels ils considéraient qu'un enfant autochtone résidant en milieu urbain avait gardé des liens significatifs avec sa tribu pour le faire bénéficier de l'*ICWA*. Pour évaluer le degré d'imprégnation culturelle des parents, ils se basaient sur différents critères, notamment que les parents observent les coutumes tribales en privé, qu'ils prennent part aux affaires de la tribu malgré leur éloignement, qu'ils votent lors des élections tribales et soient abonnés à des journaux/revues à lectorat autochtone.

Même si l'*ICWA* marqua une avancée majeure dans la reconnaissance du droit des tribus autochtones de protéger leurs enfants, éléments nécessaires pour la survie de leur culture, elle révéla également la structure pyramidale des pouvoirs, avec le gouvernement fédéral occupant le sommet de la pyramide et à la base de celle-ci, les tribus autochtones.

En conclusion, la tension entre autorité tribale et fédérale transparait à travers de nombreuses lois qui tout en reconnaissant la souveraineté des tribus leur imposent une marge d'action très limitée. On peut ainsi parler de souveraineté symbolique des tribus autochtones. En tant que nations jugées vaincues après la guerre d'indépendance (certaines tribus furent forcées de se battre aux côtés des Britanniques), et soumises aux lois de conquête, les tribus autochtones dans la majorité des cas ont subi les lois imposées par le Congrès états-unien. La limitation ou la négation de l'autorité tribale eut des conséquences sur la vie des Autochtones. La tension entre juridiction d'Etat et autorité tribale est perceptible dans le domaine de la protection de l'enfance, l'*ICWA* accordant une place importante à la compétence des tribunaux d'Etat. Les points d'ombre de l'*ICWA* furent plus tard exploités par certains tribunaux d'Etat qui s'appuient sur la doctrine de la famille existante pour refuser aux enfants autochtones (ne résidant pas dans la réserve, ceux qui n'ont pas été enregistrés comme membres d'une tribu, ou ceux dont l'un des parents n'est pas autochtone) de bénéficier de la protection de la loi. Le projet de loi S.1214, même s'il fut modifié par la Chambre des représentants, est un exemple de négociation intégrative (on cherche à satisfaire au maximum chacune des parties, c'est un jeu où il n'y a pas de gagnant) entre gouvernement fédéral, tribal et étatique. La triade fut consciente qu'elle devait négocier afin de mettre fin à la crise dans les familles autochtones. L'*ICWA* mit en évidence la structure hiérarchisée des

autorités, avec la prédominance du gouvernement fédéral pour veiller à ce que les Etats respectent les droits des peuples autochtones.

Bibliographie

Deloria, Vine Jr & Clifford Lytle. *The Nations Within : the Past and Future of American Indian Sovereignty*. New York : University of Texas Press, 1998.

Hogue, Jean-Pierre, Denis Levesque, Estelle M. Moroi. *Groupe, pouvoir et communication*. Québec : Presses de l'université du Québec, 1998.

Holdstedt, V. Melissa, ed. *Federalism : History and Current Issues*. New York: Novinka Books, 2006.

Johansen, Bruce Elliott, Barry Pritzker, ed. *Encyclopedia of American Indian History*, vol 2. Californie: ABC Clio, 2008.

Palmiste, Claire. *L'adoption d'enfants autochtones par des familles blanches aux USA: un cas de genocide culturel*. Paris : Publibook, 2011.

Sidney L. Harring. *Crow Dog's Case : American Indian Sovereignty, Tribal Law and the United States Law in the 19th Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.