

LE PARTAGE DES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX DANS LES RÉSERVES INDIENNES AMÉRICAINES

Présenté par

**Le Projet Harvard sur le développement économique des Indiens
américains**

John F. Kennedy School of Government
79 JFK Street
Cambridge (Massachusetts) 02138

Septembre 2003

Auteurs :

Joseph Thomas Flies-Away
Carrie Garrow
Miriam Jorgensen

Les points de vue exprimés dans le présent rapport sont uniquement ceux de les auteurs et ne sont pas nécessairement partagés par Affaires indiennes et du Nord Canada.

Publié avec l'autorisation du
ministre des Affaires indiennes
et du Nord canadien,
Ottawa, 2003

www.ainc-inac.gc.ca

1-800-567-9604

TTY only 1-886-553-0554

QS-7052-000-EE-A1

N° de catalogue R2-284/2003F

ISBN 0-662-75091-8

© Ministre des Travaux publics et
Services gouvernementaux Canada

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves indiennes américaines

Introduction

La *Loi sur les Indiens* régit de nombreux aspects du gouvernement et du droit dans les réserves des Premières nations au Canada, mais elle ne contient aucune disposition traitant du partage des biens immobiliers matrimoniaux en cas de rupture du mariage. De même, le droit provincial est relativement discret sur ces questions dans les réserves. L'occasion a été offerte à un petit nombre de Premières nations (soit 14, outre les 30 autres qu'une nouvelle mesure législative autorise à participer), en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, d'élaborer des règles de partage de tels biens en vue de répondre aussi bien que possible aux intérêts et besoins communautaires. Il reste néanmoins que beaucoup de litiges sur la division des biens immobiliers matrimoniaux détenus sur des terres indiennes sont pour l'essentiel réglés en l'absence de toute politique claire. Les femmes et les enfants pâtissent peut-être (et aussi *en réalité*, si l'on en croit l'évidence anecdotique) de cette situation.

Une comparaison avec la situation aux États-Unis sur le territoire indien (Indian Country) se révèle utile. Comme au Canada, il n'existe pas sur ce territoire de régime juridique unique qui régit le divorce et les problèmes de biens qui s'y rattachent. Il existe beaucoup de situations où s'applique le droit tribal (formel ou coutumier). Chez certaines nations indiennes, toutefois, le règlement des divorces s'inspire largement du droit de l'État; dans d'autres, il s'apparente davantage à la situation canadienne, où l'on n'est pas sûr du régime qui s'applique, ou même de la nature de la politique applicable. Il est important de se pencher sur toutes ces questions (droit tribal formel, droit tribal coutumier, droit de l'État et droit flou) afin d'en arriver à mieux comprendre la façon dont sont réglés les litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux. Ces informations fourniraient des indices sur, entre autres, l'éventuel succès (ou échec) relatif de la souveraineté tribale (ou de celle des Premières nations) sur les questions de biens immobiliers matrimoniaux; l'utilité des politiques et systèmes de règlement des différends tribaux ou des Premières nations; et les effets exercés par la dominance des États ou provinces.

Méthodologie

Confrontés à ces possibilités, nous avons sélectionné pour notre étude plusieurs lieux, en fonction de la détermination *a priori* du type de régime légal qui pourrait régir les biens immobiliers matrimoniaux : la Nation Navaho (les décisions peuvent être dictées par le droit tribal formel), la tribu Hopi (les décisions peuvent être dictées, au moins en partie, par le droit tribal informel/coutumier), les nations indiennes Luiseño de la Californie (les

décisions peuvent être dictées par le droit de l'État) et le village autochtone de Barrow (Alaska) (on ne sait pas au juste quels règles et régimes légaux fixent le partage des biens immobiliers matrimoniaux en cas de divorce). Vu le caractère parfois délicat des questions à discuter, nous avons pris contact avec les principaux intervenants à chaque lieu, puis effectué des visites sur place à la suite de ces conversations.¹ Dans la mesure du possible, l'équipe a aussi consulté les documents écrits, surtout les actions en justice qui concernent les biens immobiliers et autres en cas de divorce, et les constitutions et codes tribaux. Nous procédons enfin à un court examen documentaire afin de pouvoir mieux comprendre les points de vue autochtones sur le divorce, les biens et les droits des sexes. Le présent rapport présente les connaissances que nous avons tirées de la recherche (surtout à partir des études de cas), propose des observations en fonction de ces cas, puis se termine par quelques leçons tirées de l'expérience des Indiens de l'Amérique.

Les quatre cas

La Nation Navaho

Première en importance des nations indiennes de l'Amérique aux États-Unis, la Nation Navaho compte une population inscrite d'environ 168 000 personnes dans les réserves, outre 80 000 membres qui résident dans des villes proches des réserves; elle occupe 16,2 millions d'acres (soit près de 27 000 milles carrés), couvrant le nord-ouest du Nouveau-Mexique, le nord-est de l'Arizona et le sud-est de l'Utah.²

Traditionnellement, les décisions politiques des Navaho étaient prises à l'échelle locale, dans des bandes formant des unités politiques de dix à quarante familles. Le système de justice traditionnel s'appuyait sur la jurisprudence des Navaho, et sur leurs procédures judiciaires axées sur le consensus, pour en parvenir à un but simple : rétablir l'harmonie. Mais cette harmonie a toutefois commencé à se fissurer en 1892, en conséquence de l'établissement forcé des Courts of Indian Offenses du Bureau des affaires indiennes. La situation a empiré en 1959 quand la Nation Navaho a adopté le système judiciaire occidental. Les 25 années qui ont suivi, la Nation s'est débattue avec les effets aliénants et paralysants de lois et procédures incompatibles avec leur culture et histoire. Dans le meilleur des cas, les juges Navaho prenaient des décisions conformément aux coutumes et traditions des Navaho, mais « apprêtaient » leurs verdicts « à la sauce » anglo.

Au début des années 1980, les membres de la magistrature prirent conscience que l'appareil judiciaire ne recouvrerait sa légitimité et son efficacité qu'au coût d'une

¹ Des visites sur place ont eu lieu en 2003, en mars (village autochtone de Barrow), avril (la Nation Navaho et la Tribu Hopi) et fin mai-début juin (Indiens Luiseño de Californie). De courtes visites supplémentaires ont été possibles, grâce à la proximité de plusieurs nations indiennes du sud-ouest et aux relations personnelles du juge Flies-Away, à la nation Yavapai de Fort McDowell, la collectivité indienne de Salt River Pima-Maricopa, la collectivité indienne de Gila River et la nation Hualapai.

² « Nation Navajo Profile », bureau de la nation Navaho à Washington, <www.nnwo.org/nnprofile.htm>, consulté le 25 août 2003.

réforme. En 1981, le juge en chef de la cour suprême des Navaho entame la réintégration formelle des lois Navaho traditionnelles dans l'appareil judiciaire de sa Nation, une politique qui est officiellement avalisée quatre ans plus tard quand le conseil tribal Navaho adopte la *Judicial Reform Act*. En 1982, la magistrature crée la Navaho Peacemaking Division, tribune de règlement des différends dirigée par la collectivité et axée sur le consensus, dont le but n'est pas de se substituer à l'appareil judiciaire établi précédemment, mais d'offrir un système parallèle à l'égard de certains types de différends. Les techniques de règlement s'inspirent des principes Navaho du *K'e*, qui attachent de l'importance à la responsabilité, au respect et aux relations harmonieuses. Le rétablissement de la paix chez les Navaho ne fait pas appel à un seul juge qui détermine la culpabilité ou l'innocence puis impose une sentence, mais à un processus participatif dans lequel les parties oeuvrent avec un faiseur de paix (dont un groupe est rattaché à chaque district judiciaire Navaho) pour régler leurs propres différends.

Peu après ces modifications de la magistrature, le gouvernement Navaho tout entier a subi une importante réforme gouvernementale, qui a permis de clarifier les rôles non seulement de la branche judiciaire, mais aussi de l'exécutif et de la législature. À l'heure actuelle, la Nation est administrée par un gouvernement central à trois branches, dont les pouvoirs sont largement séparés.³

À la suite de cette série de réformes, la Nation Navaho a désormais la réputation d'être dotée de l'un des appareils judiciaires les plus forts, indépendants et avancés de tout le territoire indien. Les lois Navaho (common-law et textes législatifs) ont la préférence formelle à la cour suprême de la Nation et dans ses sept tribunaux de district et cinq tribunaux de la famille, pendant que 250 « faiseurs de paix » aident à régler tout un éventail de différends individuels et commerciaux, ou liés à la propriété. Cette intégration sans précédent des lois Navaho et occidentales est devenue une réalité quotidienne : ainsi, les règles d'appartenance au barreau prévoient une formation formelle en common-law Navaho avant qu'on puisse pratiquer le droit devant les tribunaux de la Nation Navaho. Les tribunaux font un recours actif à la common-law pour juger une cause, bien que les avis juridiques soient publiés en anglais. Les guérisseurs et les aînés contribuent, par leurs témoignages dans des actions en justice, à l'élaboration de la common-law. Souvent aussi, les parties à un conflit peuvent opter de résoudre leur différend soit devant une instance occidentale, soit devant une tribune traditionnelle (faiseur de paix).

Les règles de divorce de la Nation Navaho étaient autrefois fort simples : comme le mari emménageait dans le clan de l'épouse, la femme qui voulait un divorce se contentait de placer la selle du mari, et ses autres effets personnels, hors de leur foyer commun. Le divorce était ainsi axé non pas sur la répartition des biens, mais sur les relations familiales

³ Outre qu'il décrit l'évolution d'un système juridique complet, portant la marque distinctive des Navaho, ce court historique des tribunaux et du gouvernement dans son ensemble témoigne qu'il peut se révéler difficile et lent de bâtir une collectivité et une nation. D'ailleurs, une réforme n'est intervenue qu'à l'issue d'une grave crise gouvernementale. Nous avons toutefois l'impression que la plupart des citoyens Navaho estiment que la création d'un système plus fort et autonome en valait bien la peine.

et claniques, où les enfants restaient dans l'unité de la femme-mère.⁴ Cet accent sur la famille est encore valable de nos jours, mais le divorce, et les biens matrimoniaux dans ce contexte, sont régis par un ensemble de règles et procédures plus complexes. Ces règles et procédures sont énoncées dans le Navajo Nation Code (Titre 9 - *Domestic Relations*), puis précisées par des règles judiciaires et la common-law.⁵ En particulier, ces règlements et lignes directrices accordent beaucoup de pouvoir discrétionnaire aux juges; une bonne partie de ce pouvoir, comme nous en discutons ci-dessous, est concentré sur la conception Navaho de l'équité, qu'il faut distinguer de l'égalité.

Chez les Navaho (comme d'ailleurs sur l'ensemble du territoire indien), les actions en divorce peuvent mettre en jeu toutes sortes de biens immobiliers et de biens à caractère immobilier, comme les terres en propriété inconditionnelle, les terres en fiducie individuelle, les baux sur des maisons, les permis d'utilisation des terres, les maisons, les permis de pâturage et les concessions minières.⁶ Il vaut la peine de noter qu'aucune de ces modalités – à l'exception des foyers (huttes) – ne sont des biens immobiliers de type « traditionnel » : les terres en propriété inconditionnelle et en fiducie, les baux et les concessions minières sont tous issus du colonialisme, c'est-à-dire que le gouvernement des États-Unis a donné naissance à ces formes de propriété par voie de la *Dawes Act* (le plus souvent désignée « Allotment Act ») et d'autres réorganisations des terres et concessions indiennes. La tradition voudrait aussi, dans une société matrilineaire et matrilocale comme celle des Navaho, que la hutte ne soit pas en litige, mais (si l'on se fie à la déclaration que « la selle était mise hors du foyer » émise par plusieurs de nos sources) appartiendrait à la femme. Or, aujourd'hui les tribunaux Navaho auraient dans tous les cas compétence sur la répartition de ces biens dans un divorce; plus précisément, comme l'indique le Navajo Nation Code, [Traduction] « Tout jugement de divorce doit produire un règlement juste et équitable des droits sur les biens entre les parties, de même que de la garde et des soins appropriés des enfants mineurs ».⁷

Une recherche documentaire en ligne a mis à jour huit causes, dans la Nation Navaho, qui portaient sur les biens immobiliers matrimoniaux en cas de divorce, dix cas de divorce non liés aux biens immobiliers, et huit cas de pension alimentaire pour enfants. Il ressort d'un examen des constatations – notamment des cas de divorce où entrent en jeu des

⁴ L'importance accordée à la famille, au clan et à la matrilocalité ressort de cet énoncé plus général [Traduction] : « Le groupe de parenté élargi, composé de deux ou plusieurs familles dont le centre est la mère et ses filles, est une cellule importante de l'organisation sociale; cette cellule coopérative, qui exerce un leadership responsable, est reliée par les liens du mariage et d'étroites relations familiales. Les femmes occupent une position sociale de premier rang dans la tribu. » (Veronica E. Velarde Tiller, *Tiller's Guide to Indian Country: Economic Profiles of American Indian Reservations*, BowArrow Publishing, Albuquerque, 1996, p. 214 et 215.)

⁵ Ces lois Navaho s'appliquent aussi bien aux mariages Navaho traditionnels qu'aux unions civiles ou religieuses occidentales et aux unions de fait (voir le Navajo Nation Code, titre 9, chapitre 1, article 3, « Methods of contracting marriage »). Sans avoir mené un examen très poussé, nous avons néanmoins l'impression que beaucoup d'autres tribus ont intégré à leurs codes des règles de mariage et de divorce, et que les règles de divorce s'appliquent souvent à tous les types de mariage.

⁶ Cette liste n'est que partielle.

⁷ Navajo Nation Code, titre 9, chapitre 5, article 404.

biens immobiliers matrimoniaux – que si les décisions se fondent sur une combinaison de lois des États, codes Navaho et common-law Navaho, les jugements de l'appareil judiciaire Navaho, en revanche, témoignent d'une forte préférence pour le code et la common-law des Navaho. D'ailleurs, dans au moins un cas (concernant la pension alimentaire des enfants dans *Nez c. Nez*, A-CV-51-91, cour suprême de la Nation Navaho, 1992), le tribunal de la Nation Navaho invalide un jugement et règlement de divorce pour lui substituer un jugement et règlement Navaho, ce qui manifeste une préférence *très* marquée pour la loi Navaho. L'une des interprétations de tels actes est qu'à mesure qu'elles se développaient, les cours Navaho se sont de plus en plus éloignées des lois et normes des États, pour intégrer davantage de lois et normes Navaho à leurs décisions et jugements.

Un fait d'importance critique est que la préférence des tribunaux Navaho pour les lois et traditions autochtones change l'orientation vers « l'équité » (ce qui va dans le sens du Navajo Nation Code et de la définition donnée par la cour suprême Navaho dans *Shorty c. Shorty*, A-CV-05-08, cour d'appel de la Nation Navaho, 1982), qui n'est pas automatiquement synonyme « d'égalité ». L'accent est plutôt porté sur le bien-être des parties, et sur celui de leurs familles et clans. À titre d'exemple, les notions Navaho d'équité tiennent compte, entre autres facteurs (*Shorty* en présente au moins 16), de la situation économique des deux conjoints, de savoir qui aura la garde des enfants, des besoins des enfants, et des lois traditionnelles et coutumières Navaho (comme les règles dictées par les relations entre les clans). Le but visé, comme le résume le *Navaho Law Digest*, est de faire en sorte que les deux parties [Traduction] « commencent leur vie après le divorce sur une base plus ou moins équitable. »⁸

Cette considération a donné des résultats qui peuvent paraître dissemblables à première vue. Ainsi, dans *Johnson c. Johnson*, A-CV-02-79 (cour d'appel de la Nation Navaho, 1980), le tribunal a adjugé des baux fonciers à une mère, alors que ces baux avaient été transmis à l'origine du père au fils et que ce dernier les revendiquait comme ses biens propres; toutefois, on a essentiellement enjoint à la mère de les détenir en fiducie pour les enfants issus du mariage. La cour jugea qu'il allait à l'encontre de la tradition Navaho de qualifier de biens propres les permis d'utilisation des terres offerts à titre de dons.⁹ La même cour (dans *Livingston c. Livingston*, 5 Nav. R. 35, cour d'appel de la Nation Navaho, 1985) a ordonné à une femme de payer son mari, qui avait aussi reçu la garde des enfants, pour son intérêt dans la hutte – ce qui revenait en fait à le racheter. Un troisième exemple nous est fourni par *Shorty* : la décision donnait la possibilité à chacune des parties de racheter les intérêts de l'autre dans la maison familiale, de la vendre (aussi bien que le bail sur le site de la maison), puis de diviser les profits à parts égales, ou encore de laisser la femme dans la maison jusqu'à ce que le plus jeune enfant parvienne à la majorité, puis de vendre et de répartir les profits. Le fil conducteur dans toutes ces

⁸ *Navaho Law Digest*, T&B Publishing, Window Rock (Arizona), 1995, p. 189.

⁹ *Earl c. Earl*, 3 Nav. R. 16 (cour d'appel de la Nation Navaho, 1980) est une confirmation implicite du jugement *Johnson*, à savoir que les biens immobiliers donnés en cadeau à l'un des conjoints au cours du mariage ne sont pas un bien propre ou un bien commun mais, selon la tradition Navaho, appartiennent à la famille tout entière et doivent être détenus en fiducie au profit des enfants de la famille.

décisions (et d'autres) des tribunaux Navaho est l'adhésion aux notions Navaho d'équité, d'impartialité et de justice pour les parties, plutôt que la stricte (et peut-être plus occidentale) adhésion à une règle de « répartition égale ». ¹⁰ Nous interprétons l'importance constante accordée par les cours Navaho à une répartition équitable comme une norme qui laisse assez de latitude aux juges pour protéger les parties (surtout les femmes) qui ne seraient pas aussi bien protégées par une répartition égale. ¹¹

Nous avons constaté, dans nos discussions avec les juges et les parties, que les problèmes posés par le divorce ne concernent pas en fait les prises de décisions : le système Navaho favorise un sentiment d'équité à l'égard des biens immobiliers et autres (selon la conception Navaho de ces termes) et les parties sont en général contentes des résultats, surtout quand il se révèle possible de régler des questions particulières par voie d'un appel. Par son « caractère complet », le système Navaho (dans lequel des processus de règlement des différends bien développés, indépendants et souverains s'appuient sur un code écrit Navaho et sur des lois coutumières) est orienté vers de tels résultats. Selon nos sources, les problèmes se présentent plutôt au stade de l'exécution des poursuites et des décisions. Il est par exemple très difficile de simplement trouver les parties et de leur signifier un avis d'audience de divorce et autres questions, comme la garde. Les parties à un divorce ont exprimé beaucoup plus de préoccupation à cet égard qu'envers les questions de biens immobiliers, en grande partie parce qu'il s'est révélé plus difficile de les régler. ¹²

¹⁰ D'autres cas viennent appuyer et clarifier cet énoncé, comme *Charley c. Charley*, 3 Nav. R. 30 (cour d'appel de la Nation Navaho, 1980) : [Traduction] « En cas de divergence entre les normes de l'État et de la tribu, l'article pertinent du code tribal a préséance; le tribunal de district doit se montrer impartial et juste, mais il n'est pas obligé de faire une répartition égale. » *Begay c. Begay*, A-CV-06-89 (cour suprême de la Nation Navaho, 1989) prescrit aux juges de première instance de commencer par une présomption d'égalité de la répartition quand ils traitent de biens communs (soit les biens acquis pendant le mariage et détenus en commun par le mari et la femme); s'il est décidé qu'une répartition inégale s'impose, *Begay* prescrit en outre à ces juges d'en documenter la raison, ce qui garantit la transparence et la limpidité si un appel est interjeté. En d'autres termes, *Begay* donne aux juges de première instance un point de départ à l'égard des biens communs, mais leur enjoint néanmoins de veiller à ce que la répartition des biens soit impartiale et équitable. Nous notons en outre que cette norme n'est pas le seul apanage, sur le territoire indien, de la Nation Navaho : le droit tribal des Crow, par exemple, déclare aussi que les biens acquis au cours du mariage doivent être répartis avec équité (Crow Tribal Code, section 10-1-120[1]).

¹¹ Tous les cas cités dans ce paragraphe et dans la note de bas de page précédente concernent des époux qui sont tous deux membres de la Nation Navaho, mais les tribunaux Navaho tranchent aussi les cas de divorce entre membres et non-membres quand ils estiment qu'ils relèvent de leur compétence. Le plus souvent, cette situation se présente quand le conjoint plaignant est membre et répond aux critères de résidence; voir par exemple *Lente c. Notah*, 3 Nav. R. 72 (cour d'appel de la Nation Navaho, 1982) et *Yazzie c. Yazzie*, A-CV-28-84 (cour suprême de la Nation Navaho, 1985).

¹² Notre impression est qu'il est plus difficile de traiter de ces questions parce qu'elles exigent que non seulement les cours tribales fonctionnent bien, mais que ce soit aussi le cas d'autres éléments des systèmes de justice tribale et de services sociaux – et qu'ils fonctionnent en collaboration avec les tribunaux. Les cours doivent transmettre les noms des parties à un conflit à la police et aux huissiers; la police et les huissiers doivent pouvoir trouver les parties (et se montrer disposés à prendre le temps voulu, même si le conjoint se « cache »); les responsables de l'application de la loi doivent être disposés et prêts à mettre à exécution les conditions fixées par les tribunaux quand les parties elles-mêmes hésitent à le faire; au besoin,

La tribu Hopi

La réserve Hopi, d'une superficie de 1,56 million d'acres, se situe dans le nord-est de l'Arizona et compte 7 500 membres.¹³ La tribu est connue pour l'intensité de sa fidélité à ses villages et pour la profondeur de la culture traditionnelle de ces villages. La tribu est en fait une confédération de douze villages, qui chacun exerce des pouvoirs particuliers relatifs aux questions locales. Certains sont dotés de leur propre constitution (comme le village de Moencopi), mais tous prévoient des procédures très spécifiques (bien que différentes les unes des autres) pour les décisions, qui sont prises par une partie « appropriée » (conseil d'administration du village, chef du village (*Kikmongwi*) ou chef de clan). Il existe bien un conseil tribal central, auquel la plupart des villages envoient des représentants, mais certains villages optent de participer à peine au gouvernement central Hopi. Il s'agit essentiellement d'un système dans lequel le conseil tribal exerce le pouvoir sur certaines grandes questions, tandis que d'autres questions à caractère plus local concernent uniquement le village – ou même le « sous-village », au niveau des clans ou familles. L'une de nos sources Hopi décrit ainsi la distinction entre le rôle du conseil et celui des villages : le conseil tribal représente la tribu Hopi auprès de l'extérieur (autres gouvernements, institutions, industrie, etc.), tandis que les autorités villageoises sont en général plus axées sur les questions internes de la nation.

Le mariage, dans la tradition des Hopi, est une relation communautaire, et non simplement une relation personnelle entre un homme et une femme. Très élaborée, la cérémonie de mariage peut n'être formellement achevée qu'au bout de plusieurs mois, voire un an. Le mariage repose sur le principe de l'engagement. Le marié, la mariée et différents membres de la famille doivent acquitter différentes pratiques cérémonielles à l'occasion du mariage, qui s'accompagne de beaucoup de spiritualité, de prières et de liturgie. La culture Hopi considère que le mariage se répercute sur le cosmos, la météo et les récoltes, confortant ainsi la croyance Hopi que le mariage dure à jamais et qu'on est lié pour toujours à son conjoint original. Le divorce est inexistant sur le plan culturel et spirituel; comme l'a exprimé un aîné Hopi : [Traduction] « Les robes de mariage ne sont faites qu'une seule fois et ne peuvent être refaites ».¹⁴

Mais il existe un écart manifeste entre les croyances coutumières et les pratiques modernes des Hopi; comme l'explique un juge Hopi, le simple fait qu'on observe fréquemment des parents uniques donne la preuve que les coutumes liées au mariage et à la famille ne sont pas suivies comme par le passé; en fait, beaucoup de membres tribaux sont mariés à des Autochtones non Hopi et à des non-Autochtones; bon nombre de ces

les agences de services sociaux qui oeuvrent avec les enfants ou les victimes de violence familiale doivent pouvoir acquitter leurs fonctions. De plus, quand les ordonnances d'un tribunal doivent être appliquées à l'extérieur des réserves (dans d'autres ressorts autochtones ou non), le tribunal et le personnel d'application de la loi dans ces ressorts doivent être disposés à respecter ces ordonnances.

¹³ Tiller, *op. cit.*, p. 210.

¹⁴ Malgré ces décrets traditionnels contre le divorce, les sources Hopi signalent qu'une femme qui souhaitait que l'homme la quitte plaçait simplement, comme dans la coutume Navaho, les souliers du mari à l'extérieur du foyer.

couples optent de vivre à l'extérieur de la réserve Hopi, souvent dans des centres urbains comme Flagstaff et Phoenix (Arizona), et retournent uniquement pour des visites et pour participer aux cérémonies et activités claniques. Cette réalité contemporaine (qui comprend le divorce et les questions qu'il soulève) a obligé la tribu à créer des politiques et procédures pour en traiter.

Les résidents Hopi déposent des pétitions de dissolution du mariage à la cour tribale Hopi; mais comme le code tribal Hopi exige un certain délai de résidence avant que la cour tribale ait compétence sur des questions, il est parfois nécessaire de déposer des actions en divorce devant des tribunaux de l'État. Dans l'un ou l'autre cas, toutefois, si l'une des parties possède des biens chez les Hopi, le village touché détient la compétence originale de trancher tout litige qui survient au sujet de ces biens.

La constitution Hopi et la jurisprudence reconnaissent tous deux ce pouvoir des villages de décider des questions internes, par exemples les questions liées aux biens; plus précisément, l'article 2 de la section III de la constitution Hopi prévoit expressément que chaque village a le pouvoir de traiter des conflits familiaux et de régler les relations familiales dans le village. La cour note ce qui suit dans *Ross c. Sulu* (pas de numéro de dossier disponible; tribunal d'appel de la Tribu Hopi, 1991) [Traduction] : « Ce n'est qu'après que le village a réglé le litige sous-jacent en application d'une coutume établie que les parties peuvent s'adresser au tribunal tribal pour faire appliquer leurs droits, déterminés par le village... ». La jurisprudence (par exemple *Sanchez c. Garcia*, No. 98AP000014, tribunal d'appel de la tribu Hopi, 1999) affirme en outre que si une décision est prise au niveau du village selon une méthode ou un processus acceptable, la décision issue de ce processus est valide; un village doit renoncer à exercer sa compétence avant que la cour tribale puisse prendre en charge un cas qui concerne un village.

La volonté de prendre des décisions sur les biens au niveau du village, en cas de divorce, repose sur une notion importante : il s'agit peut-être du lieu le plus *équitable* pour prendre des décisions. « Proches » de la décision, le village, les clans et les familles n'en seront que plus portés à rendre justice de façon équitable, selon les critères autochtones. En des termes un peu différents, les chefs du village et les autres décideurs doivent vivre avec les parties à un conflit (et/ou leur parenté), ce qui les incite fortement à conclure un règlement juste, qui sera facteur de paix; d'ailleurs, les sources ont bien fait valoir que les décisions des Hopi sont largement axées sur l'utilisation appropriée et équitable des biens, et non sur la détermination de la « propriété », qui n'est pas au coeur de la tradition des Hopi. Mais la tradition n'est pas non plus appliquée de façon rigide : ainsi, les parties dans *Sanchez c. Garcia* ont convenu de laisser à un parent clanique la décision sur la façon de répartir les biens, dans une affaire de succession, alors que la tradition aurait voulu que tous ces biens soient adjugés à la fille aînée. La décision du parent clanique fut maintenue en appel par la cour tribale, au motif qu'elle obéissait à la décision prise dans le cadre du processus au niveau du village.

De même que la Nation Navaho, la tribu Hopi possède un « système complet » de disposition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de divorce. Bien que les règles soient en grande partie non écrites, la participation, au niveau du village, de décideurs

que les parties à un conflit considèrent pertinents mène le plus souvent à des résultats eux aussi considérés justes.

Les nations indiennes Luiseño de Californie

Comme beaucoup de tribus de la Californie sont relativement petites (en termes de population aussi bien que de superficie) et que bon nombre de collectivités sont rapprochées, ce « cas » est tiré en fait de l'expérience de plusieurs des sept nations indiennes Luiseño dans le sud de la Californie.¹⁵ Cet échantillon plus large permet d'obtenir davantage d'exemples, relativement au divorce, des complexités et conséquences liées aux questions de biens immobiliers. Mais il vaut la peine, avant d'analyser ces exemples, d'étudier les répercussions de la Public Law 83-280.

Public Law 83-280

Cette loi fédérale de 1953 fixe les compétences de six États (y compris la Californie et l'Alaska) sur les affaires criminelles et sur certaines matières civiles sur le territoire indien. La cour suprême des États-Unis a conclu en 1976, dans *Bryan c. Itasca County*, 426 U.S. 373, que les lois civiles auxquelles renvoie la Public Law 83-280 sont des lois d'application générale, y compris les lois relatives aux contrats, la responsabilité délictuelle, le mariage, le divorce, l'aliénation mentale, et ainsi de suite. En Californie, par conséquent, les tribunaux d'État peuvent eux aussi être saisis d'un divorce, comme l'autorise la P.L. 83-280, et les membres tribaux peuvent s'adresser soit à une cour tribale, soit à une cour d'État, pour obtenir des décrets de dissolution de mariage.

Toutefois, pour une variété de raisons – y compris un manque de fonds et de soutien de la part de l'État (motivé par la P.L. 83-280) –, la plupart des tribus de la Californie n'ont pas encore créé leurs propres tribunaux; les membres tribaux qui veulent un divorce sont donc contraints de recourir aux cours d'État ou de ne pas divorcer du tout. Plusieurs sources nous ont d'ailleurs mentionné que certaines personnes se contentent de se séparer, sans prendre la peine de rechercher un divorce devant un tribunal d'État, en raison du coût et de la difficulté apparente des démarches dans le système étatique.

On note un deuxième « hic » dans la loi : elle réitère l'incapacité des États d'aliéner ou de grever tout bien d'un Indien ou d'une tribu qui est détenu en fiducie par le gouvernement

¹⁵ Voici les noms des sept tribus : La Jolla Band of Luiseño Mission Indians, Pala Band of Luiseño Mission Indians, Pauma Band of Luiseño Mission Indians, Pechanga Band of Luiseño Mission Indians, Rincon Band of Luiseño Mission Indians, Soboba Band of Luiseño Indians et Twenty-Nine Palms Band of Mission Indians. Ces sept bandes avaient une population combinée de 4 470 à la fin des années 1990 et une moyenne de près de 650 membres par bande; la plus petite des bandes Luiseño (Twenty-Nine Palms) comptait moins de 20 membres; la plus grande (Pechanga), près de 1 400 (« Indian Service Population and Labor Force Estimates » (population dans le secteur du service et estimation des effectifs indiens), département de l'Intérieur, Bureau des affaires indiennes, 1999). La superficie moyenne des réserves des bandes est de 6 050 acres; la plus petite (Twenty-Nine Palms) compte un peu plus de 300 acres; la plus grande (Pala), près de 12 000 acres (« Indian Reservation and Rancheria Lands in California » (terres de réserve et terres rancherias indiennes en Californie), département de l'Intérieur, Bureau des affaires indiennes, branche forestière de la région du Pacifique, 2000).

fédéral. Seules les instances tribales peuvent régler les questions de biens en fiducie en cas de divorce. En d'autres termes, la P.L. 83-280 met certains États au coeur des questions de divorce en leur accordant des compétences et en leur donnant une raison de dissuader les Indiens de créer des cours tribales – mais borne ensuite leurs pouvoirs en confiant aux tribus l'exclusivité des décisions sur les terres en fiducie.¹⁶

Anecdotes

Nous relatons quelques anecdotes pour faire comprendre jusqu'à un certain point les complexités et conséquences des litiges sur les biens immobiliers quand des membres de la tribu Luiseño divorcent. Nous préfaçons nos propos en faisant observer que le divorce dans la tradition Luiseño, pour autant que nos sources le sachent, prenait simplement la forme du départ du foyer de l'un des conjoints. Cette forme de divorce est désormais impossible, en raison de l'assimilation, des mariages exogames et de l'imposition du droit occidental. En outre, il faut constater que le peuple Luiseño ne détenait pas vraiment de biens : sa population vivait dans des villages et se déplaçait, au gré des saisons, de la côte au désert. Les réserves ont entraîné un changement de ce mode de vie et mis l'accent sur les limites, la désignation des biens et la propriété (c'est-à-dire qu'il fallait désigner la terre ou la mettre de côté, alors qu'auparavant elle existait tout simplement, et que les gens la traversaient et l'utilisaient au besoin – probablement après entente tacite avec d'autres gens qui traversaient eux aussi ces mêmes terres).

Les récits qui suivent témoignent des complications particulières du divorce, et de la répartition des biens en cas de divorce, en vertu du régime moderne, composé d'un mélange de droit étatique, de droits tribaux et de « débrouillardise » des individus qui doivent s'en tirer seuls. Comme aucune des bandes Luiseño n'a de cour tribale pour l'instant,¹⁷ les membres doivent porter leurs actions en divorce devant un tribunal d'État. La preuve montre donc tout particulièrement les difficultés éprouvées par les cours d'État et les avocats, non formés à l'égard du droit indien, confrontés à des questions de biens immobiliers quand un membre d'une nation indienne Luiseño entame un divorce.

- L'un des cas récents concerne le divorce d'une membre de la tribu dont le mari appartenait à une autre nation autochtone. Avant son mariage,

¹⁶ 18 U.S.C., alinéa 1162b) (c.-à-d. la Public Law 83-280) est ainsi libellée [Traduction] : « Nulle disposition de cet article n'autorise à aliéner, grever ou imposer des biens immobiliers ou personnels, y compris des droits d'usage de l'eau, appartenant à un Indien ou à une tribu, bande ou collectivité indienne, et détenus en fiducie par les États-Unis ou dont l'aliénation est soumise à une restriction imposée par les États-Unis; nul ne peut autoriser la réglementation de l'utilisation de tels biens d'une manière contraire aux ententes, lois ou traités fédéraux, ou à leurs règlements d'application; nul ne peut retirer à un Indien, ou à une tribu, bande ou collectivité indienne, un droit, privilège ou immunité, conférée par un traité, une entente ou une loi fédérale, qui se rapporte à la chasse, au piégeage ou à la pêche, ou encore au contrôle, à l'attribution de permis ou à la réglementation à cet égard. » La jurisprudence a par ailleurs entériné cette interdiction; voir *Boisclair c. The Superior Court of San Diego County*, 51 Cal 3d 1140 (cour suprême de la Californie, 1990).

¹⁷ Nous observons toutefois qu'on crée à l'heure actuelle, par le biais de la Southern California Tribal Chairman's Association, un tribunal à l'intention des nations autochtones dans le comté San Diego (y compris des bandes Luiseño qui y sont établies).

l'épouse avait acquis un bail sur des terres tribales, sur lesquelles elle avait construit une maison. Ces biens (terre et maison) devinrent un enjeu du divorce; le mari prétendait avoir droit à une indemnité de 60 000 \$ pour les améliorations apportées à la maison, évaluée à 160 000 \$. La femme fit observer que l'évaluation était sans doute trop élevée, car on ne pouvait dire si l'expert-estimateur s'était rendu compte que la maison était bâtie sur un terrain tribal inaccessibles. Son propre avocat ne connaissait rien au droit indien fédéral et ne savait pas trop comment traiter cette question. Elle se procura donc, de sa propre initiative, une lettre du Bureau des affaires indiennes confirmant que le lot appartenait à la bande, que la maison lui avait été cédée et que les non-membres de la tribu – dont son mari – n'avaient droit de vivre sur des terres tribales qu'à la condition d'être mariés à un membre de la tribu.

Mais il fallait que cette cause soit entendue par une cour d'État, qui comprenait mal ces questions de lois tribales par rapport aux biens immobiliers. Le divorce traîna donc en longueur pendant cinq ans, obligeant la femme à dépenser plus de 8 000 \$ en frais d'avocat. En l'espèce, le conjoint finit par laisser tomber sa demande d'indemnité parce qu'il n'avait plus d'argent pour continuer ses poursuites et attendre que la cour tranche les questions de maison.

À la réflexion, l'épouse estime que le système étatique a manqué à ses devoirs envers elle; ni la cour de l'État, ni les avocats en cause ne connaissaient le droit tribal ou le droit indien fédéral, avec leurs effets sur la compétence de l'État; elle a donc cessé d'accorder la moindre confiance au processus de divorce. Outre les frais directs des honoraires de l'avocat, elle a dû assumer le coût des heures de travail perdues à chaque fois qu'elle devait aller en cour – soit deux heures de route à l'aller et au retour. En outre, les versements pour le soutien d'un enfant de son ex-mari sont en souffrance, mais, soucieuse de son expérience à la cour de l'État, elle juge inutile de consacrer du temps et de l'argent pour faire appliquer la décision. Par contraste, elle estime qu'un tribunal tribal aurait compris les questions de compétences aussi bien que les différentes lois tribales et fédérales pertinentes. Fort de ces connaissances, il aurait sans doute rendu une décision plus rapide, aurait protégé les droits de propriété de l'épouse et aurait aussi protégé les droits de son mari non-membre. En d'autres termes, un tribunal tribal aurait probablement rendu une décision plus rapide, claire et juste, et à moindre coût.

- Une membre d'une tribu avait épousé un non-Indien; la famille résidait dans une maison, sur une terre tribale, qui avait été cédée au père de l'épouse puis donnée à cette épouse; celle-ci détenait le titre sur la maison. Quand le couple a pris la décision de divorcer, la femme a engagé un avocat, qui a consacré presque tous ses honoraires initiaux à se renseigner sur le droit relatif aux maisons sur des terres de réserve. Pire encore, les avocats pour les deux parties essayèrent d'obscurcir les enjeux en faisant

valoir d'éventuels chèques versés à chaque personne, provenant du jeu – alors qu'à l'époque la tribu n'émettait pas de tels paiements. Ce n'est qu'au bout de plusieurs mois, et de revendications constantes par l'épouse, que les avocats convinrent que le jugement de divorce ne devait faire mention ni d'argent par personne, ni des terres, ni de la maison. Le règlement fut axé, au lieu de tout cela, sur les biens personnels du couple.

En l'espèce, les cours de l'État et les avocats non formés à l'égard du droit indien ont fini par « voir juste »; même ici, il a fallu attendre près d'un an et demi, la femme estimant que [Traduction] « la décision a été froide et rapide; on n'avait pas l'impression que le juge [de l'État] savait quoi que ce soit au sujet des terres tribales. » Le processus lui a paru trop impersonnel et non informé – et particulièrement difficile à comprendre par une Indienne qui avait à cœur avant tout les intérêts de ses enfants. Elle croit fortement qu'un tribunal tribal doté de pouvoirs suffisants aurait rendu une décision plus rapide et qu'il aurait compris plus clairement ses droits et sentiments.

- Une membre d'une tribu et son mari non indien occupaient une maison financée par le biais du département du Logement et de l'Urbanisme (HUD), appartenant aux autorités de logement indiennes de la tribu et louée par la femme. En outre, la maison était située sur des terres en fiducie attribuées à la conjointe; la coutume tribale l'autorisait à « donner » ces terres à ses enfants, avec l'approbation des membres de la tribu, mais non à les transférer à quelqu'un d'autre. Comme l'épouse n'était pas propriétaire de la maison ou des terres, et que le mari ne pouvait pas en droit strict les revendiquer – en qualité de non-membre, il n'avait pas droit de signer un bail avec l'autorité de logement tribale ni de recevoir une affectation foncière tribale –, elle estimait qu'ils ne pouvaient être considérés comme des biens immobiliers pertinents et s'efforça tout au long du procès en divorce de ne pas les inclure dans le règlement. Elle craignait que, si la maison et la terre étaient mentionnés dans les documents de règlement, on créerait l'impression qu'elle les avait « reçus », et qu'ainsi le conjoint recevrait tout le reste.

L'avocat de son mari insistait absolument pour que la maison et les terres soient inclus dans le règlement; lui et le tribunal ne savaient pas au juste s'il fallait porter la maison au compte de l'épouse. En réponse, la femme exigea à de nombreuses reprises que l'avocat de son conjoint communique avec HUD et confirme que l'autorité de logement indienne était propriétaire de la maison. L'avocat finit par prendre contact avec HUD et par obtenir la confirmation, mais il n'en continua pas moins, dans les négociations, à utiliser l'expression « recevoir » la maison. En conséquence, le règlement mentionne que la maison et les terres sont revenus à la femme.

Même après le règlement, le litige sur la maison s'est répercuté sur les arguments au sujet des autres biens; le mari a continué à soutenir qu'une indemnité lui était due pour les améliorations apportées à la maison – revendication qu'il laissa tomber après que l'épouse lui eut donné trois des quatre voitures de la famille (le règlement en avait accordé deux à chacun des conjoints).

En l'espèce, la femme s'est dite heureuse de la conclusion à laquelle est parvenue la cour de l'État. Le processus l'a obligée à lutter fort, et certains aspects du règlement n'étaient clairement pas en sa faveur, mais elle a obtenu un succès relatif – qui n'est toutefois pas attribuable à la capacité du système étatique de comprendre la situation et d'y remédier, mais à sa propre persistance.

- Le dernier exemple concerne une femme membre d'une tribu qui possédait une maison sur des terres détenues en fiducie et qui demandait le divorce. Elle avait subi de la violence familiale de la part de son conjoint, membre d'une autre tribu. Peu encline au début à chercher remède auprès des cours de l'État, elle demanda secours à son conseil tribal. Ce dernier l'informa que l'absence de l'infrastructure voulue pour établir un tribunal ne lui laissait qu'une seule option, celle de bannir le mari – ce que le conseil était peu disposé à faire. Elle fut donc obligée, pour obtenir un secours, de s'adresser au shérif du comté et, pour son divorce, d'en saisir les cours de l'État. Elle s'inquiète aujourd'hui des décisions qui seront prises à l'égard du foyer familial et des terres, surtout à la lumière du refus du conseil tribal de s'occuper des questions de violence familiale.

Vues dans leur ensemble, ces anecdotes sont traversées par un même thème : la nécessité d'intenter un divorce devant une cour de l'État peut causer des difficultés aux membres des différentes bandes Luiseño. Le plus souvent, le personnel d'une cour de l'État ne sait rien en matière de compétence des tribus sur les terres en fiducie, de baux sur les logements et de règlements sur la propriété des maisons sur le territoire indien, pas plus que de types de redressement susceptibles de protéger toutes les parties à un procès. Ces lacunes dans les connaissances ont tendance à faire traîner en longueur le règlement des litiges sur les biens immobiliers dans le divorce, et sans doute aussi à en augmenter les coûts. Les autres frais comprennent les déplacements jusqu'aux cours de l'État, qui sont relativement éloignées, y compris les pertes de revenu attribuables aux absences répétées du travail.

L'augmentation des difficultés attribuables à un règlement confié à l'État, ou d'un règlement partiel, soulève un autre problème : le risque accru d'un règlement inéquitable. Parfois, les cours de l'État se déclarent compétentes pour juger, mais omettent ensuite de prendre en compte le droit indien (codes tribaux, coutumes et traditions tribales, et règlements fédéraux traitant des biens immobiliers sur le territoire indien); il arrive encore qu'elles s'abstiennent de prendre des décisions sur les biens immobiliers pour des raisons de fiducie, et s'en rapportent à cet égard, explicitement ou implicitement, aux tribus. Certes, les tribus Luiseño détiennent la compétence sur les types de biens

immobiliers qui peuvent être en jeu dans un divorce, mais elles négligent souvent de régler les questions de biens immobiliers matrimoniaux parce que l'infrastructure judiciaire pour appliquer cette compétence fait défaut et qu'il manque aussi les codes et la jurisprudence nécessaires pour guider les prises de décisions dans les cas difficiles (qui a droit de rester dans la maison familiale, qu'est-ce qui constitue un bien immobilier, comment évaluer des biens sur des terres en fiducie, etc.). Les conseils tribaux pourraient rendre des jugements, mais ne s'en sont pas occupés, selon nos sources. On en arrive ainsi à une situation où les questions dont l'État ne s'occupe pas sont laissées sans règlement, ou sont laissées aux parties, qui doivent les régler comme elles le peuvent. Ces trois possibilités – règlements conclus par voie de la dominance de l'État; décisions du conseil tribal; ou questions réglées par les parties elles-mêmes – peuvent, comme on le constate chez les nations Luiseño, donner lieu à des résultats qui semblent injustes ou inéquitables.¹⁸

Le village autochtone de Barrow

Le village autochtone de Barrow (VAB) compte parmi l'un des 200 villages autochtones (tribus) et plus que compte l'Alaska. Comme il est le plus au nord des huit villages autochtones situés dans le Arctic Slope Borough de cet État, il est plutôt isolé. Ses habitants, des Inupiaqs et Inuits, ont en commun la langue et la culture avec les Inuits du nord du Canada et du Groenland.

Nous nous attendions au début à ce que l'État se désintéresse de ce lieu isolé, d'autant plus que, dans l'arrêt *John c. Baker*, 982 P.2d 738, de la cour suprême de l'Alaska (1999), celle-ci confirmait la décision d'une cour tribale dans une affaire de garde d'enfants, notant que les tribus conservent [Traduction] « une souveraineté inhérente et non territoriale » et sont habiles à trancher les questions tribales internes qui touchent l'autonomie gouvernementale. La Cour jugea en outre que les décisions des cours tribales doivent être respectées, selon le principe de la courtoisie, à condition que la loi soit appliquée de façon régulière, que la cour tribale ait compétence sur les personnes et sur la chose à juger, que le décret ne soit pas obtenu frauduleusement et que la décision n'aille pas à l'encontre des politiques publiques de l'État ou du gouvernement fédéral. Nous savions aussi, étant donné que l'Alaska est assujéti à la Public Law 83-280, que le VAB n'avait pas eu de cour tribale formelle depuis des années et venait tout juste de créer un organisme embryonnaire. L'État pouvait s'appuyer sur *John c. Baker* pour prendre pour acquis qu'il pouvait s'adresser à ce tribunal, même s'il existait une infrastructure au niveau de la tribu qui traitait du divorce et des litiges sur les biens immobiliers qui s'y

¹⁸ Bien qu'il soit possible que des règlements privés donnent lieu à des conséquences « mauvaises » pour les femmes (un homme pourrait par exemple détenir plus de pouvoirs qu'elle dans les négociations et influencer ainsi le résultat en sa faveur), ce n'est pas *nécessairement* le cas. Comme les parties en litige sont alors obligées de régler sans aide les problèmes de biens immobiliers, elles seront peut-être amenées à s'appuyer davantage sur la culture et la tradition, ce qui, à la lumière des normes autochtones, pourrait donner lieu à des résultats plus équitables. Néanmoins, nos sources indiquent qu'il vaudrait mieux que le processus soit plus transparent (comme chez les Navaho) ou que sa pertinence soit plus généralement reconnue (comme chez les Hopi).

rattachent. Il nous paraissait donc possible que le VAB présente une situation de vide ou de lacune dans l'application de la loi (de l'État ou de la tribu) aux questions de biens immobiliers dans le contexte du divorce.

Cette attente ne s'est pas entièrement réalisée; une enquête a révélé que même si la cour tribale n'est pas encore prête à entendre des cas de divorce entre membres du VAB, les cours de l'État de l'Alaska ont le bras long et peuvent les atteindre. Le juge local de la cour supérieure a déclaré que lui ou son magistrat s'occupait de la plupart des divorces entre Autochtones de l'Alaska, qu'il applique dans tous les cas le droit de l'État et qu'il ne se souvient pas qu'une partie ait jamais invoqué la culture ou la coutume des Inupiaqs ou des Inuits. L'une des raisons qui expliquent que le système judiciaire de l'Alaska puisse gouverner le territoire, et apparemment réduire les « vides » juridiques, est son recours aux audiences téléphoniques; par leur intermédiaire, même les parties les plus éloignées peuvent accéder au système de l'État (et vice versa).

Mais certains indices donnent à croire que tout n'est pas aussi nettement tranché que le laisse supposer la description du juge de la cour supérieure. Quand on insiste sur la question des biens immobiliers autochtones, le juge admet qu'il ne détient pas le pouvoir de fixer la répartition des terres en fiducie. Ainsi, les décisions qui touchent ces biens (et probablement aussi celles qui concernent des avoirs qui s'apparentent à des biens, comme les campements saisonniers sur les terres fédérales¹⁹) *doivent* être prises en dehors du système de l'État; or le VAB n'est pas actuellement doté d'un système réglementé pour s'en occuper. Le VAB a en fait une cour en théorie et la structure correspondante (y compris des juges), mais il n'existe pas de codes des villages ou tribus qui permettraient au tribunal de trancher les litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux. Au lieu de cela, les familles (et peut-être d'autres organismes traditionnels) règlent ces problèmes, puis font rapport de la répartition des biens en fiducie au directeur des biens réels au VAB, qui enregistre alors les informations, par conversation téléphonique et télécopie de confirmation, au bureau du cadastre du Bureau des affaires indiennes à Anchorage (Alaska).

Bien sûr, on n'en parvient pas toujours à un règlement, ce qui peut à terme engendrer des difficultés, comme dans le cas d'un couple qui avait divorcé au tribunal de l'État mais n'avait pas réparti ses biens en fiducie : l'État était dépourvu du pouvoir d'effectuer un tel partage, tandis que le couple lui-même n'avait pas recherché un règlement privé après le divorce, se bornant à continuer à détenir en commun le petit lot (de 70 pieds par 90 pieds environ, juste assez pour une maison). La femme mourut intestat; le juge administratif accorda la moitié du lot à son ex-mari et l'autre moitié aux six enfants du couple. Au décès du mari, sa moitié passa à sa conjointe de fait puis, au décès de celle-ci, à sa fille adoptive. Le bien appartient aujourd'hui à ces sept héritiers et donnera certainement naissance à des litiges, en raison de l'extrême exigüité du terrain possédé par chaque héritier. Une telle situation aurait eu moins de probabilité de se produire si la

¹⁹ En réalité, les processus et options relatifs à la répartition de bon nombre des biens immobiliers matrimoniaux ne sont pas encore réglés en Alaska. Le système de propriété des terres (expliqué en plus de détails dans le texte) est d'une telle complexité qu'on en arrive à une situation où les règles de divorce ne traitent pas encore de toutes les éventualités.

cour tribale avait pu adjuger le bien en fiducie à l'un ou l'autre des conjoints lors du divorce, signalant par cette adjudication l'importance d'une possession sans entrave d'un lot aussi petit.

D'un point de vue historique, les questions de divorce et de biens dans le VAB ont pris de la complexité en raison de l'imposition de lois et normes non autochtones. Quant au divorce, par le passé [Traduction] « ni le mari ni la femme n'avait recours à des sanctions juridiques appliquées par des instances supérieures; les conflits de famille étaient donc réglés entre époux, qui chacun faisait appel au besoin à des membres de la parenté consanguine proche. Le mari ou la femme pouvait à tout moment, pour mettre un terme au mariage, se borner à prendre ses effets et à partir. »²⁰ D'autres personnes interrogées ont confirmé cette tradition, faisant observer qu'aujourd'hui encore certains ne recherchent pas le divorce à moins de connaître une autre personne qu'ils souhaitent épouser.

Pour les Inupiaqs, [Traduction]« la question de propriété foncière a toujours été axée sur la 'relation' plutôt que sur la possession, c'est-à-dire que le droit d'utiliser un site donné était fonction des relations de l'individu avec les générations antérieures de sa parenté qui y avaient chassé et avec les animaux qui s'y trouvaient. »²¹ Les écarts modernes par rapport à cette tradition ont engendré en Alaska des modes de possession des terres qui sont plus compliqués encore que dans les quarante-huit États plus au sud – écarts qu'explique pour une grande part la *Alaska Native Claims Settlement Act* (ANCSA) (loi sur le règlement des revendications autochtones en Alaska); celle-ci a aboli les titres ancestraux sur quelque 365 millions d'acres, versé une indemnité pour ces terres à 13 sociétés autochtones régionales et transféré 40 millions d'acres supplémentaires aux sociétés régionales et aux 200 et plus corporations de village. Ces mesures ont eu pour résultat que les tribus de l'Alaska sont elles-mêmes dépourvues d'une assise territoriale sous forme de « réserve » (contrairement aux gouvernements tribaux, les sociétés régionales et corporations de village détiennent un titre en fief simple sur la superficie des terres villageoises). De surcroît, la Loi a coupé court au processus de lotissement (allotment) qui autorisait chaque Autochtone de l'Alaska à acquérir des terres que le gouvernement fédéral détenait en fiducie pour son compte. Les lotissements existants n'ont pas été abolis et les demandes de lotissement déposées au moment de l'adoption de l'ANCSA ont été le plus souvent respectées, mais l'ANCSA a empêché la création de lotissements entièrement nouveaux. La conséquence de cette historique compliquée est que les membres tribaux vivent, dans le village autochtone de Barrow, sur un mélange de terres détenues en propriété inconditionnelle (sur des terrains appartenant à la société régionale, à la corporation de village ou aux personnes elles-mêmes) et de terres détenues en fiducie (lotissements autochtones individuels), et qu'aussi bien les corporations que le Bureau fédéral des affaires indiennes (par l'intermédiaire du *Realty Office*, i.e. le bureau

²⁰ Margaret B. Blackman, *Sadie Brower Neakok: An Inupiaq Woman*, University of Washington Press, Seattle, 1989, p. 150.

²¹ <arcticcircle.uconn.edu/VirtualClassroom/case2a/case2avc.html>, consulté le 28 août 2003.

des biens immobiliers, ou par l'intermédiaire du procureur) détiennent beaucoup de pouvoirs décisionnels sur les biens immobiliers dans le VAB.²²

L'une de nos sources a fait remarquer, au sujet de ces changements dans les modalités de divorce aussi bien que de propriété foncière, qu'à mesure que le divorce à l'occidental se généralise et devient nécessaire, le nombre de litiges sur les biens liés au divorce doit logiquement augmenter. Quand la cour tribale sera en mesure d'entendre des causes de divorce, le statut de l'Alaska (État qui relève de la Public Law 83-280) aura pour effet que ces plaideurs futurs pourront déposer leur plainte à la cour tribale ou à la cour de l'État. Selon elle, beaucoup opteront pour la cour tribale, parce que les juges y seront plus capables de comprendre les problèmes et réclamations liés à la propriété des Autochtones de l'Alaska. Elle ajoute toutefois que certaines parties à un conflit souhaiteront encore faire appel à une cour de l'État, parce que les gens ont l'impression que l'étriquet des relations qui lient la plupart des habitants de Barrow interdit toute impartialité aux décideurs tribaux. Après avoir pesé le pour et le contre, elle estime que la meilleure chose est sans doute d'offrir le choix de s'adresser pour un divorce à une cour tribale ou une cour de l'État, et que cela vaut certainement mieux que l'absence de choix (comme c'est le cas actuellement).²³

Pour résumer, la situation dans le VAB a une ressemblance frappante avec celle des nations Luiseño, c'est-à-dire que l'État exerce une certaine compétence (et règle dans ce cadre la plupart des questions liées à un divorce entre membres de tribus) mais ne peut trancher les questions de biens immobiliers si ces biens sont détenus en fiducie. Mais il semble exister par ailleurs un système de décision informel plus actif relatif aux revendications sur les biens en fiducie, soutenu en partie par le directeur des biens

²² Le gouvernement tribal du VAB pourrait (et compte en fait) obtenir que le Bureau des affaires indiennes lui confie, par le biais de la Public Law 93-638, la fonction de gestion des biens immobiliers en fiducie; mais l'ANCSA a pour effet que les sociétés régionales et corporations de village contrôleront toujours d'importantes superficies du Village.

²³ Soulignons que, parmi les quatre figures de cas examinées – la Nation Navaho, la tribu Hopi, les bandes Luiseño et le village autochtone de Barrow – seules les deux dernières offriraient un choix entre des tribunaux, parce que la Public Law 83-280, en Californie et en Alaska, confère à la fois aux États et aux tribus la compétence sur le divorce; toutefois, ce choix ne s'applique pas aux litiges sur les biens immobiliers détenus en fiducie (ou même peut-être aux litiges sur des biens quand il s'agit uniquement de questions de terres détenues en fiducie). Les membres de la tribu Hopi et de la Nation Navaho qui vivent dans leurs réserves respectives n'ont pas le choix entre les cours d'État et les cours tribales pour leurs divorces. Chez les Hopi, les tribunaux Hopi ont compétence tant qu'on répond aux critères de résidence; chez les Navaho, les tribunaux Navaho ont compétence même quand seule la partie demanderesse répond aux critères de résidence. [Traduction] : « Les cours tribales Navaho ont le pouvoir de prononcer la dissolution du mariage quand l'un des conjoints réside dans le ressort territorial de la Nation Navaho, si la partie demanderesse répond aux critères de résidence, quand bien même l'autre conjoint résiderait en dehors de la Nation Navaho » (*Yazzie c. Yazzie*, A-CV-28-84, cour suprême de la Nation Navaho, 1985). À noter en l'espèce que la partie non demanderesse appartenait à une autre nation indienne; on peut donc aussi affirmer que seule une partie au litige doit répondre à la fois aux critères de résidence *et* d'appartenance. Nous faisons enfin remarquer que les tribunaux Navaho exercent une protection active de leur compétence sur le divorce : ils ont ainsi déclaré invalide, dans *Nez c. Nez*, A-CV-51-91 (cour suprême de la Nation Navaho, 1992), un jugement de divorce prononcé par les cours de l'État du Nouveau-Mexique, pour la raison que les deux parties résidaient dans la réserve Navaho.

immobiliers du VAB, aussi bien qu'un système formel (la cour tribale en voie de création), qui peut entendre les causes une fois qu'on s'est entendu sur les codes qui régissent les questions de divorce et de biens immobiliers matrimoniaux.

Notons enfin, à l'égard de ce cas, que l'Alaska a compétence sur certains biens « à caractère immobilier » appartenant à des Autochtones de l'Alaska, à savoir leurs actions dans les sociétés autochtones de l'Alaska créées par l'ANCSA. Le texte original de la Loi stipule que les actions ne peuvent être aliénées à un non-membre d'une famille autochtone qu'à l'expiration de 20 ans après 1971 (l'année d'adoption de la *Loi*). Dans *Calista Corp. c. Deyoung*, 562 P.2d 338 (cour suprême de l'Alaska, 1977), affaire portée en 1977 devant les cours de l'État de l'Alaska, il fut conclu que les cours de l'État ont compétences sur les actions, parce qu'elles ne sont pas des biens en fiducie (même si elles proviennent des terres autochtones) et qu'on peut les aliéner dans le cadre d'une séparation, d'un divorce et d'une pension alimentaire pour enfants. Tout cela, d'un point de vue plus général, montre que la compétence autochtone sur les biens autochtones est moins sûre en Alaska que dans les autres États. Malgré l'arrêt *John, Calista* montre que l'Alaska a imposé sa compétence avec plus de résolution que les autres États, allant jusqu'à exercer son pouvoir sur des biens à caractère immobilier qui jouissent d'une certaine protection fiduciaire. L'arrêt *Alaska c. Native Village of Venetie Tribal Government*, 522 U.S. 520, de la cour suprême des États-Unis (1998), vient conforter cette décision, c'est-à-dire que la cour juge que les terres de la tribu Venetie relevant de l'ANCSA ne font pas partie du « territoire indien » au sens du Code des États-Unis.

Cette situation met une pression énorme sur les villages autochtones et tribus de l'Alaska pour créer des tribunaux et des règles, afin de bloquer les actes potentiellement préjudiciables de l'État – c'est du moins l'une des raisons qui motivent les efforts actuels de mise sur pied d'un tribunal de la VAB; cette situation souligne aussi l'importance des progrès connexes, comme la compétence exclusive accordée au VAB sur toutes les affaires relevant de la *Indian Child Welfare Act* (loi sur l'aide à l'enfance indienne). Les fonctionnaires de la cour font observer que leur but, à terme, est de traiter de toutes les situations controversées mettant en jeu leur peuple, y compris les actions en divorce.

Autres conclusions importantes observées dans la jurisprudence

L'arrêt fédéral *Conroy c. Conroy*, 575 F.2d 175 (8th Cir. 1978) est une cause très importante non mentionnée dans les quatre exemples relatifs aux tribus. Elle a commencé par une action en divorce devant la cour tribale des Oglala Sioux, laquelle a accordé le divorce à l'épouse et lui a donné la moitié du bétail du couple et la moitié des 320 acres en fiducie détenus par le mari. À la suite du jugement de divorce, toutefois, le surintendant de l'agence Pine Ridge du Bureau des affaires indiennes envoya une lettre à la cour tribale, déclarant que celle-ci n'avait pas le pouvoir de faire une adjudication portant sur les terres en fiducie du mari. Cette lettre interdit à la cour tribale d'appliquer son jugement. La femme, soutenant qu'on avait contrevenu à ses droits civils, chercha réparation auprès de la United States District Court, cour fédérale qui décida ce qui suit :

- La cour tribale *avait* en fait compétence en l'espèce, qui découlait des pouvoirs d'autonomie gouvernementale de la tribu et qui englobait la réglementation des relations maritales des membres.
- Les codes de la tribu des Oglala Sioux ne prévoient aucune dérogation de la compétence des tribunaux à l'égard des biens en fiducie.
- La *Dawes Act* (Allotment Act) a pour but de protéger les Indiens; aucune de ses dispositions [Traduction] « ne frappe de nullité un décret valide prononcé par un tribunal compétent... Pour conclure, rien dans la Allotment Act ne nous paraît justifier la conclusion que les intérêts du défendeur dans les terres détenues en fiducie débordaient en l'espèce la compétence de la cour tribale de la répartir comme elle l'a décidé » (*Conroy c. Conroy*, 575 F.2d 175, U.S. 8th Circuit Court of Appeals, 1978, p. 26 et 27).

La *District Court* en conclut que la demanderesse (l'épouse) disposait d'un droit de propriété exécutoire sur les terres détenues en fiducie de son ex-mari; elle ordonna à ce dernier de présenter au secrétaire de l'intérieur une demande de transfert du titre de propriété, et à ce secrétaire de faire un examen plein et entier de la demande, en tenant dûment compte du décret prononcé par la cour tribale. En d'autres termes, les cours fédérales ont confirmé la compétence des cours tribales sur les biens détenus en fiducie, ainsi que leur droit de les répartir comme elles l'estiment utile en cas de divorce; elles ont donné instruction au Bureau des affaires indiennes, dans son rôle d'enregistreur de la propriété des biens en fiducie, de faciliter et de confirmer ces répartitions.

Observations

Si nous reportons notre regard sur les quatre situations à l'étude, il est possible de formuler plusieurs observations importantes concernant le règlement des litiges liés aux divorces, relativement aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves indiennes américaines.

Pour commencer, deux tribus dans notre échantillon disposent de codes, d'une jurisprudence et de règles de pratique coutumières assez clairs pour régir la disposition des biens immobiliers en cas de rupture de mariage : la Nation Navaho et la tribu Hopi. La Nation Navaho offre l'ensemble de règles le plus évident, assorti d'une mention des questions de biens dans son code, dans sa vaste jurisprudence et dans la common-law Navaho. Toutefois, la tribu Hopi obéit elle aussi à des règles, bien que moins transparentes, étant donné que les problèmes de biens sont presque entièrement réglés, au niveau du village, conformément aux coutumes et pratiques.

Ces nations ne sont pas seules. Un examen des codes consultables en ligne donne à croire que beaucoup d'autres nations indiennes de l'Amérique possèdent au moins quelques règles formelles (et probablement des règles informelles ou coutumières) pour régler les questions de biens immobiliers dans le divorce. Ainsi, les codes de divorce tribaux de la

tribu Chitimacha de la Louisiane, et des tribus Assiniboines de Fort Peck et des Sioux, accordent à la cour tribale le pouvoir de rendre des ordonnances au sujet de la répartition des terres détenues en fiducie (bien que le tribunal ne puisse pas retirer aux terres leur statut fiduciaire, ni rendre une ordonnance qui puisse entraîner un tel retrait des terres). Le code de la Eastern Band of Cherokees stipule qu'il appartient au conseil tribal de déterminer la répartition des biens en fiducie en cas de divorce; le code de la nation Pequot Mashantucket indique que la cour tribale peut ordonner la répartition ou la vente de biens immobiliers non détenus en fiducie. Il est à noter que ces règles ne sont pas aussi détaillées que celles que le gouvernement du Canada attend des Premières nations en vertu des projets pilotes de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, mais elles sensibilisent les gens aux problèmes et servent de tremplin pour l'élaboration d'autres politiques.²⁴

Il est vrai aussi que notre échantillon montre en outre que plusieurs nations indiennes de l'Amérique sont dépourvues des règles, codes, pratiques régulières ou cas de jurisprudence voulus pour guider les prises de décisions sur les biens immobiliers lors des divorces. Les nations indiennes Luiseño et le village autochtone de Barrow offrent des exemples de l'absence d'un ensemble de règles formelles guidant l'aliénation au niveau tribal, situation qui peut engendrer des difficultés. Les décisions peuvent être variables, mal adaptées (surtout si elles sont prises par une cour de l'État) ou ne pas être prises du tout. Le cas du village autochtone de Barrow met en relief l'importance des codes, règles et pratiques; en effet, une cour tribale y est établie, mais la tribu n'a pas encore rédigé de lois que la cour puisse interpréter, mettre à exécution et appliquer. Le Village continue donc de céder sa compétence sur le divorce à l'Alaska et aux solutions partielles que peuvent offrir les cours de l'État.

En deuxième lieu, il existe une différence d'ordre critique entre des nations autochtones dotées de procédures et pratiques pour régler les questions de biens immobiliers matrimoniaux *et* de tribunes tribales pour régler les différends, et les nations qui sont dépourvues de ces deux entités. Ici encore, la nation Navaho et la tribu Hopi offrent des exemples utiles : tous deux, comme nous l'avons observé ci-dessus, disposent de règles et pratiques pour régler de telles questions, et ont établi des tribunes autochtones pour entendre ces causes. Chez les Navaho, une cour de district peut trancher les questions de biens immobiliers relatives au divorce, ou encore un faiseur de paix peut faciliter une décision sur la répartition des biens, décision ordonnée ensuite par le tribunal. Chez les Hopi, les questions de biens dans le cadre du divorce sont réglées au niveau du village, à moins qu'il existe de fortes raisons de confier à la cour tribale le règlement d'une cause donnée.²⁵ Dotées de règles et de mécanismes de règlement des différends, ces tribus peuvent offrir des solutions complètes aux problèmes en cause.

²⁴ Sur ce sujet comme sur tous les autres, la nature des codes détaillés varie profondément d'une tribu à l'autre; ces différences sont le fruit à la fois des efforts d'élaboration des codes et d'un choix culturel. Comme chez les Premières nations, des codes tribaux des Indiens de l'Amérique ont été rédigés en grand nombre quand des fonds (notamment fédéraux) ont été offerts à cette fin. Les tentatives de beaucoup de nations indiennes de l'Amérique pour créer des codes de violence familiale en sont un exemple récent.

²⁵ La cour tribale prononce des jugements de divorce pour les membres résidents.

Par contraste, le village autochtone de Barrow possède une cour, mais pas de lois ou de règles régissant le divorce ou la disposition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de divorce; même la cour est donc sans pouvoir dans ce domaine. En Californie, en outre, les tribus à l'étude n'ont ni règles, ni cours, ce qui (comme en font foi les anecdotes) peut engendrer des situations difficiles. Les membres des tribus Luiseño questionnés croyaient fermement que la création de cours tribales faciliterait les choses; une pression est déjà exercée, dans le village autochtone de Barrow, pour établir des règles et une loi qui permettent au tribunal d'exercer sa compétence.²⁶ En Californie, il semblerait que la création d'une infrastructure pour un tribunal mettrait la même pression sur les nations autochtones pour créer des pratiques et un droit qui régleraient et clarifieraient les problèmes et complications posés par les biens immobiliers dans le divorce (qui a droit de rester dans la maison familiale, qu'est-ce qui constitue un bien immobilier, comment évaluer des biens sur des terres en fiducie, etc.).

En troisième lieu, dans les cas à l'étude, les gens estimaient en général que les cours tribales et les processus de règlement des différends donnent des résultats équitables, alors que les jugements des cours de l'État étaient moins souvent considérés justes. Le plus fort degré de mécontentement, dans ce dernier cas, semble être attribuable à certaines difficultés éprouvées par les plaideurs dans les cours de l'État : le plus souvent, les intervenants (juges, avocats) ne comprennent pas les problèmes qui se rapportent aux biens immobiliers sur le territoire indien; les cours anglophones n'appliquent pas (et peut-être ne peuvent pas appliquer) les normes autochtones; les tribunaux n'ont pas compétence sur les biens détenus en fiducie; et les appels peuvent se révéler difficiles.

Les Navaho offrent un exemple important de prises de décisions équitables par les cours tribales. Comme indiqué en détails dans le jugement *Shorty*, les tribunaux Navaho ont le droit de tenir compte d'une longue liste de facteurs dans leurs jugements de divorce – liste qui a l'avantage de fournir de multiples occasions à chaque partie de décrire sa situation antérieure et situation éventuelle. Les tribunaux peuvent alors établir des solutions qui, même si elles ne sont pas absolument égales envers tous, sont équitables selon les normes Navaho. Plus précisément, les cours tribales s'efforcent de répartir les biens d'une manière qui (aux yeux des Navaho) placent les parties dans des situations relativement égales après dissolution du mariage.

L'exemple des Hopi est lui aussi éclairant : les sources font observer que seuls les chefs du village connaissent les coutumes et traditions qui engendreront la solution la plus équitable aux litiges sur les biens immobiliers. Un règlement qui s'appuie sur une loi étrangère (soit une loi non Hopi) risque de ne pas être équitable, parce que fondé sur des croyances qui ne sont pas celles des Hopi. On s'expose aussi à faire abstraction des autres intérêts communautaires et claniques, ce qui pourrait engendrer plus de désaccords et de conflits entre les membres de la famille et du village.

²⁶ Il a établi ce processus avec succès dans d'autres domaines; ainsi, le VAB a rédigé un code des enfants qui contient des dispositions traitant d'un tribunal du mieux-être, qui aide désormais le Village à s'occuper avec plus d'efficacité des mineurs accusés d'actes de délinquance liés à l'alcool.

Dans les cas où un règlement initial donne lieu à une situation jugée injuste, les systèmes autochtones offrent aussi des mécanismes d'appel plus pertinents et complets. À titre d'exemple, plusieurs cas Navaho examinés en vue de cette recherche ont été portés en appel devant la cour suprême Navaho, qui a pu entendre les questions de droit soulevées et en décider. La cour de la tribu Hopi est habilitée à accueillir les appels des villages et dispose de sa propre cour d'appel, qui prend les décisions finales. Par contraste, l'évidence anecdotique laisse à croire que des parties qui reçoivent d'une cour de l'État un règlement insatisfaisant sont trop excédées par le fonctionnement du système pour recourir à nouveau à l'État pour un appel (après tout, une cour supérieure de l'État souffre vraisemblablement des mêmes carences que les cours inférieures de l'État), et que les cas sont alors portés devant des organismes autre que l'État (par exemple des conseils tribaux pour le règlement des problèmes de terres en fiducie), lesquels souvent ne réussissent pas à répondre aux préoccupations des parties en litige.

Cela ne revient pas à dire que les systèmes tribaux sont nécessairement justes et les systèmes étatiques injustes : comme l'a fait observer l'une de nos sources au village autochtone de Barrow, les relations entre membres du Village sont étroites au point de mettre en doute l'équité des conclusions de la cour tribale. Néanmoins, il faudrait que les tribunes fédérales offrent des avantages considérables pour contrebalancer les désavantages qui nuisent à l'équité (manque de compétence des cours de l'État sur les terres en fiducie, connaissance restreinte du personnel des tribunaux à l'égard des questions de biens immobiliers sur le territoire indien, incapacité presque générale des systèmes de tenir compte des idées autochtones, difficulté des appels).

Les exemples des Luiseño laissent à croire que les tribunes tribales parviennent à des conclusions qui sont peut-être « plus équitables » pour les non-membres eux aussi. Tout comme les membres des tribus, ils éviteraient de gaspiller du temps et de l'argent tandis que le personnel de la cour de l'État s'informe des questions de biens immobiliers des Autochtones. Le personnel d'une cour tribale est obligatoirement mieux informé de ces questions, et par conséquent plus porté à s'acheminer vers un règlement rapide des litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux – ce qui, sous un angle absolu, profite aussi aux non-membres. En outre, même si les options de répartition des biens immobiliers sont différentes de celles en cas de divorce de deux non-Indiens, le fait que les cours tribales sont plus au courant des possibilités augmente la probabilité que soit conclu un règlement des biens *profitable* aux parties à un degré ou un autre. Bien qu'il concerne deux citoyens de la nation Navaho, *Begay c. Begay*, A-CV-06-89 (cour suprême de la Nation Navaho, 1989), fournit un exemple de cette familiarité : la cour d'appel donne au tribunal de première instance plusieurs exemples de façons possibles d'évaluer les biens immobiliers et de les répartir entre les deux membres d'un couple en instance de divorce.²⁷

²⁷ Nous nous bornons ici à faire valoir qu'un règlement conclu par voie de médiation d'une cour tribale a des chances d'être plus équitable, et non que ce sera nécessairement l'opinion des parties. Les non-membres risquent de se sentir quand même lésés, en raison des différences juridiques entre le territoire indien et l'extérieur de la réserve (ou même entre deux nations indiennes de l'Amérique). Il importe toutefois de noter que ce sentiment est le plus souvent le fruit de l'application de la loi, et non d'un

En quatrième lieu, et en rapport avec le point soulevé ci-dessus sur les connaissances, les cours tribales bien structurées peuvent mieux accommoder les situations qui souffrent de confusion ou de manque de clarté dans la pratique et le droit. Leur compétence absolue leur permet de se faire une idée d'ensemble et, au besoin, de créer une nouvelle jurisprudence pour traiter de la situation. Les cours Navaho ont même adopté la pratique – courante dans les tribunaux des États-Unis – de recommander l'adoption de la loi nécessaire pour engendrer plus de clarté. Une telle évolution est peut-être possible au sein de systèmes dominés par l'État, mais elle a moins de chances de se produire et ne conviendrait pas nécessairement à chaque tribu assujettie à l'heure actuelle au droit d'un État; elle ne pourrait pas non plus atteindre les questions de biens en fiducie, qui relèvent du droit de l'État.

Cinquièmement, la confusion observée dans les litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux découle en bonne partie, directement ou indirectement, des politiques du gouvernement des États-Unis. Pour commencer, les différents types de biens immobiliers – terres en fiducie, terres en fief simple, concessions minières, pâturages, ou même lieux de pêche et de chasse à l'extérieur des réserves – qui font l'objet d'un litige sont ordinairement créés par une politique des États-Unis; les parties à un conflit et tribunaux ont été obligés de trouver le moyen de s'occuper de ces types de biens (pour les évaluer, attribuer, répartir, etc., au besoin et dans la mesure du possible) et même de traiter de la notion de « biens immobiliers », étrangère à bon nombre de sociétés autochtones.

De surcroît, les politiques des États-Unis sont responsables du sous-développement (et souvent de l'absence) des appareils judiciaires tribaux. Il ne fait pas de doute lorsque le gouvernement fédéral a accordé aux États, de sa propre initiative, une forte compétence sur les nations autochtones par le biais de la P.L. 83-280, il n'y avait plus guère d'incitatifs pour recourir de façon suivie les systèmes tribaux ou pour les officialiser; cela est particulièrement vrai des petites tribus, dont les maigres ressources doivent accommoder de multiples demandes. Une mesure législative fédérale encore plus radicale, la *Indian Reorganization Act* (IRA) (loi de réorganisation des Indiens), a de même entraîné le sous-développement des appareils judiciaires tribaux. Les constitutions des tribus organisées selon les dispositions de l'IRA, et même les constitutions tribales qui ne font que s'appuyer sur le modèle d'IRA,²⁸ sont le plus souvent démunies de dispositions prévoyant une forte branche judiciaire; bon nombre de ces documents se bornent à noter que les conseils tribaux sont habilités à créer une magistrature. Quand un conseil fonctionnant selon une constitution relevant de l'IRA, ou influencée par l'IRA, a créé un corps judiciaire, celui-ci demeure souvent sous le contrôle du conseil. Par bonheur, certaines politiques des É.-U. marquent un revirement; des subventions

traitement injuste du conjoint non-membre par les juges tribaux. Si cette dernière situation se présente *en fait*, nos sources font valoir qu'on peut y remédier par voie d'un appel.

²⁸ Environ 200 des 560 tribus indiennes de l'Amérique et villages autochtones de l'Alaska aux États-Unis sont organisés en vertu de l'IRA (Robert B. Porter, « Strengthening Tribal Sovereignty Through Government Reform: What are the Issues », *Kansas Journal of Law and Public Policy*, volume 7, 1997, p. 74). Des douzaines d'autres fonctionnent selon des constitutions fortement influencées par le modèle de l'IRA; ces deux catégories englobent donc la majorité des nations indiennes de l'Amérique et des nations autochtones de l'Alaska aux États-Unis.

fédérales sont mises à la dispositions des nations indiennes pour créer et renforcer leurs appareils judiciaires. C'est d'ailleurs par leur entremise que le village autochtone de Barrow, les tribus du comté San Diego (y compris les nations Luiseño qui y vivent) et beaucoup d'autres nations autochtones créent et améliorent leurs tribunaux.

Il est à noter que le Bureau des affaires indiennes n'a pas fortement contribué aux difficultés de répartition des biens immobiliers matrimoniaux. Son rôle est surtout réglementaire et administratif; comme le lui prescrit l'arrêt *Conroy*, il traite les documents voulus pour enregistrer les changements, dans les avoirs sous forme de terres détenues en fiducie, qui sont la conséquence d'actions en divorce. Le Bureau ne peut exercer une action défavorable que s'il tient mal les dossiers (certains documents d'homologation sont en *très* mauvais état) ou s'il prend trop longtemps pour agir.

Pour finir, nous faisons remarquer que nos sources parmi les tribus ayant participé à cette recherche sur le règlement des litiges liés aux biens immobiliers matrimoniaux se sont attardés davantage sur le droit à l'autonomie gouvernementale des nations autochtones que sur les problèmes liés au sexe. En termes plus généraux, le monde des Indiens de l'Amérique se concentre globalement davantage sur les droits collectifs que sur les droits individuels; ces Indiens (y compris les femmes) ont accordé la priorité à la survie de leurs nations et cultures. Même quand nous posions une question directe, aucune des personnes que nous avons interrogées n'estimait que le règlement des litiges liés aux biens immobiliers matrimoniaux ne pose de problèmes propres aux « questions féminines »; la seule et unique mention d'une préoccupation à cet égard concernait le fait qu'une Indienne aurait préféré une audience tribale (et donc axée sur l'autonomie gouvernementale). Il s'agissait de l'épouse, dans l'un des exemples sur le divorce chez les Luiseño, qui critiquait le juge de la cour de l'État pour avoir agi [Traduction] « comme si elle n'était même pas là, *comportement que les Indiennes trouvent très difficile*, surtout quand des enfants sont en cause, parce qu'elles veulent s'exprimer au sujet des enfants devant le tribunal. Mais les juges et les avocats disent toujours aux mères de se tenir tranquilles ». Il lui semblait qu'une instance indienne l'aurait traité avec plus de respect personnel.²⁹

²⁹ On peut trouver différentes justifications pour l'importance que les Indiennes de l'Amérique attachent aux droits collectifs. Faisant écho à l'exemple ci-dessus, beaucoup de femmes autochtones estiment que des instances appropriées sur le plan culturel protègent davantage leurs droits individuels. On fait aussi valoir que le colonialisme est un problème d'une telle ampleur qu'il faut le combattre avant tout : [Traduction] « Nous sommes *américaines, indiennes et femmes*, dans cet ordre exact. Nous sommes opprimées surtout et avant tout en tant qu'Indiens de l'Amérique, de peuples colonisés par les États-Unis d'Amérique, *et non* en tant que femmes » (Lorelei DeCora Means, citée dans « American Indian Women: At the Center of Indigenous Resistance in Contemporary North America », M. Annette Jaimes et Theresa Halsey, dans M. Annette Jaimes (éd.), *The State of Native America: Genocide, Colonization, and Resistance*, South End Press, Boston, 1992, p. 314). Dans un même ordre d'idées, beaucoup d'Indiennes de l'Amérique n'appuient pas les notions de « féminisme » avancées par les femmes occidentales (outre Jaimes et Halsey, consulter Nancy Shoemaker, « Introduction », dans Nancy Shoemaker (éd.), *Negotiators of Change: Historical Perspectives on Native American Women*, Routledge, New York et Londres, 1995) et se dissocient donc de son accent sur les droits individuels. Cela ne revient pas à dire que les Indiennes n'attachent aucune importance aux droits individuels et aux problèmes hommes-femmes; aux États-Unis comme au Canada, par exemple, les colons supposaient l'existence de structures sociales patriarcales, ou imposaient de telles

Leçons tirées de l'expérience des États-Unis

Les exemples analysés dans cette étude nous permettent de tirer des leçons sur le partage réussi des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves indiennes américaines.

1. *La souveraineté tribale sur les questions de biens immobiliers matrimoniaux a mieux réussi que les autres méthodes mises à l'essai.*

Nous nous sommes efforcés d'examiner quatre cas de figure parmi les nations indiennes d'Amérique : des décisions sur les biens immobiliers matrimoniaux régies par la loi formelle de la tribu; par une loi tribale informelle ou coutumière; par le droit de l'État; et par un régime légal peu clair. Nous avons fini par conclure que deux situations plutôt que quatre sont typiques : celles où le droit tribal (souvent un mélange de droit formel et de droit coutumier) domine et celles marquées par un mélange de droit de l'État et de responsabilités tribales. Notre analyse nous mène à conclure que le règlement des litiges sur les biens immobiliers en vertu d'une loi tribale, et par des cours tribales, a généralement mieux réussi que le règlement des différends en vertu d'un autre régime.

Cette leçon ne fait pour l'essentiel que réitérer plusieurs des observations formulées ci-dessus. Des instances tribales qui appliquent des lois tribales peuvent conclure des règlements complets, qui sont le plus souvent considérés justes, parce qu'elles détiennent la compétence absolue sur tous les biens immobiliers qui risquent d'intervenir dans les litiges liés au divorce (c'est-à-dire les biens en fiducie aussi bien que non en fiducie) et qu'elles connaissent mieux en général les lois qui régissent de tels biens, ainsi que les possibilités pour en disposer.

Toutefois, des mises en garde s'imposent touchant cette leçon. La première est que l'histoire, aux États-Unis, enseigne l'importance *aussi bien* de règles que de mécanismes de règlement des différends. Les nations autochtones possédant l'un mais non l'autre n'offriront pas, et ne pourront pas offrir, les mêmes avantages en matière de disposition des biens immobiliers matrimoniaux en cas de divorce.

La deuxième mise en garde est que les cours tribales ne font pas toujours « ce qu'il faut ». Certaines cours des tribus indiennes de l'Amérique sont très imparfaites, c'est-à-dire que les nominations personnelles et les décisions sont influencées par la politique (tribunaux qui manquent d'indépendance³⁰), les juges et autres membres du personnel ont

structures, dans leurs rapports avec les cultures autochtones – au détriment des femmes autochtones (voir par exemple Katherine M. B. Osburn, « Dear Friend and Ex-Husband: Marriage, Divorce, and Women's Property Rights on the Southern Ute Reservation, 1887-1930 », dans Shoemaker (éd.), *op. cit.*). Nous faisons valoir uniquement que ces problèmes n'ont pas prédominé.

³⁰ Lemont conclut, dans son enquête sur les travaux de réforme constitutionnelle récemment achevés ou en cours sur le territoire indien, que [Traduction] « aucun aspect constitutionnel n'a peut-être fait l'objet d'une attention aussi soutenue que la magistrature tribale » (Eric Lemont, « Developing Effective Processes of American Indian Constitutional and Governmental Reform: Lessons from the Cherokee Nation of Oklahoma, Hualapai Nation, Nation Navaho, and Northern Cheyenne Tribe », *American Indian Law Review*, volume 26, numéro 2, 2002, p. 163). Il distingue, parmi les raisons de cette attention, [Traduction]

une formation inadéquate, les lois appliquées par les tribunaux sont mal adaptées à la culture autochtone, et ainsi de suite.³¹ En outre, les cours tribales qui fonctionnent mal ont moins de chances d'offrir les avantages notés dans le texte.

2. *Si des organismes « externes » doivent trancher les litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux, on obtiendra de meilleurs résultats en se ménageant la participation de décideurs bien informés.*

Comme indiqué ci-dessus, l'un des avantages d'une instance tribale est la plus forte probabilité que les décideurs seront bien informés au sujet des lois, coutumes et contraintes qui régissent la propriété des biens immobiliers dans les réserves. La qualité des processus litigieux et des conclusions s'améliorerait dans la mesure où ces connaissances peuvent être invoquées à nouveau dans des situations qui appellent des prises de décisions débordant le cadre d'une tribu en particulier.

À titre d'exemple, certaines nations autochtones n'ont pas les ressources voulues pour administrer leurs propres tribunaux; l'une des options qui leur est offerte est de participer à des tribunaux de première instance et(ou) cours d'appel multi-tribaux.³² Il serait moins probable, dans ce cas, que les juges partagent les coutumes et traditions des plaideurs (ils doivent faire bien attention, si cela est vrai, de faire preuve de retenue et d'analyser soigneusement les questions culturelles en cause), mais il *est* probable qu'ils saisiront bien les questions de biens immobiliers dans les réserves. Les plaideurs devraient ainsi se sentir plus convaincus qu'on répondra à leurs préoccupations aussi bien que l'autorisent la loi tribale et la loi fédérale.³³

« les faibles pouvoirs et le manque d'indépendance de la branche judiciaire dans beaucoup de constitutions » (*ibid.*).

³¹ Il est toutefois d'importance critique de noter qu'il ne s'agit pas ici de « problèmes indiens », mais de problèmes plus généraux liés à l'expansion de la branche judiciaire, et qui n'épargnent aucun appareil judiciaire. Encore récemment (en 2002), par exemple, la cour suprême des États-Unis a entendu une cause traitant des modes de sélection des juges; le problème concernait la politisation possible de la question de l'élection comparée à la nomination (*Republican Party of Minnesota c. White*, 536 U.S. 735, cour suprême des États-Unis, 2002). L'exemple donne d'ailleurs à croire qu'éviter l'utilisation et la création de mécanismes tribaux de règlement des différends ne fait que repousser ces problèmes, et non les prévenir, et que la meilleure façon d'aller de l'avant est de faire en sorte que chaque nation et appareil judiciaire prenne conscience des problèmes et les corrige de sa propre initiative.

³² Deux exemples dignes d'attention : la Southwest Intertribal court of Appeals (lawschool.unm.edu/AILC/switca/index.htm) et le Northwest Indian Court System (www.nics.ws/index.html).

³³ Un parallèle est à noter ici avec l'idée avancée par plusieurs participants aux groupes de discussion réunis en vue de fournir un contexte pour le travail de Cornet et Lendor; ils ont perçu [Traduction] « le besoin pour un éventail de mécanismes de règlement des différends, outre l'accès à l'appareil judiciaire [provincial], notamment la nécessité d'un tribunal spécialisé administré par les Premières nations en vue d'améliorer l'accès, et la sensibilisation culturelle, lors des prises de décisions de type judiciaire concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans le contexte de la réserve » (Wendy Cornet et Allison Lendor, « Discussion Paper: Matrimonial Real Property on Reserve », Cornet Consulting and Mediation, Inc., le 28 novembre 2002, p. 46). Ils estiment en d'autres termes qu'un forum multitribal pourrait se révéler particulièrement utile pour les litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux mettant en cause des membres de Premières nations.

Les autres tribus (y compris celles engagées dans la création de cours tribales ou multi-tribales, et qui écrivent ou reconnaissent des règles régissant les litiges liés aux biens immobiliers matrimoniaux) continueront à faire appel – du moins pour un certain temps – aux cours de l'État. Si le personnel de ces cours de l'État possède ne serait-ce que des connaissances de base des questions et problèmes liés aux biens immobiliers dans les réserves, et une connaissance adéquate des limites de la compétence de l'État, il ne fait pas de doute que les parties à un conflit auraient moins le sentiment qu'elles perdent du temps et gaspillent leur effort, tandis que le contenu même des règlements pourrait s'améliorer.³⁴

3. Il faut du temps pour que les nations autochtones créent des règles et mécanismes d'adjudication appropriés pour régir les litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux; néanmoins, il faut appuyer ces processus autochtones, tout autant que leurs résultats.

Bien que les nations autochtones démunies de règles et de systèmes voulus pour régir le partage des biens immobiliers matrimoniaux puissent s'inspirer de divers exemples et modèles pour créer cette infrastructure juridique, elles doivent néanmoins prendre plusieurs décisions touchant ce qui aura les meilleurs résultats pour leurs citoyens. Les limites imposées au capital financier et humain des tribus risquent aussi de freiner la rédaction des lois et la préparation des mécanismes de règlement des différends pertinents. Ainsi, les prises de décisions au sujet des règles et systèmes prennent un temps qu'il est impossible de prévoir : chaque nation autochtone progressera à son propre rythme à l'égard de ces questions, obéissant en cela à ses propres processus et soumise à ses propres contraintes.

Bien sûr, l'une des difficultés que pose cette méthode relativement lente, effectuée une tribu à la fois, est qu'on risque de porter préjudice à certaines parties à des divorces, en attendant que la nation autochtone en cause établisse des règles et systèmes capables de traiter de questions de biens immobiliers matrimoniaux. Si les nombres (et les griefs) sont importants, il est peut-être à conseiller d'accélérer les processus de création des codes et cours. Une méthode s'est révélée pratique dans le cadre d'autres questions et institutions : les intéressés (agences du gouvernement fédéral ou de l'État, fondations, voire autres gouvernements tribaux) offrent des incitatifs pour les progrès réalisés.³⁵

³⁴ Nous soulignons toutefois que même si le personnel d'une cour de l'État comprend le droit fédéral et tribal qui s'applique aux biens immobiliers des parties à un conflit dans une réserve, et même si les lois fédérales étaient changées de manière à donner compétence aux États sur les terres en fiducie, la participation continue des cours de l'État est une solution de deuxième ordre. Comme nous en discutons à la leçon 3, il faut préférer les solutions qui appuient la souveraineté tribale et qui autorisent l'intégration des croyances et principes autochtones.

³⁵ À titre d'exemple, le Drug Courts Program Office du ministère de la Justice des États-Unis a fourni des fonds de subvention aux tribus et autres gouvernements locaux pour créer des tribunaux spécialisés dans les drogues, soit un type d'établissement destiné à lutter contre l'utilisation de l'alcool et des drogues. De même, on a fourni des fonds, par l'intermédiaire de la *Children's Justice Act*, aux Office of Justice Programs du ministère de la Justice des États-Unis pour des programmes de subventions destinés à stimuler la création et l'amélioration des codes pour enfants. Voir aussi la note de bas de page 24.

En dernière analyse, chaque nation autochtone élaborera des règles et systèmes adaptés à ses circonstances particulières; c'est d'ailleurs ce qu'ont déjà fait certaines nations, comme la nation Navaho et la tribu Hopi. Il se peut que certains (par exemple des parties à des divorces ou certains groupes qui traitent de droits) voient cette variété comme un autre problème inhérent aux processus tribaux. Venant s'ajouter aux préoccupations touchant les torts individuels causés au stade de création de la règle et du système, ces « contradictions » dans les mécanismes sur les règles et l'adjudication utilisés par différentes tribus pour régler les litiges sur les biens immobiliers matrimoniaux, et dans les résultats de ces litiges³⁶, pourraient être invoquées pour contourner entièrement les décisions tribales.

Cela serait contre-indiqué. L'une des raisons est que seuls des règles et systèmes choisis par la tribu, et contrôlés par elle, appuient la souveraineté et l'autonomie gouvernementale des nations autochtones – résultat très souhaitable pour des raisons qui débordent le taux de succès avec lequel les tribus règlent les problèmes de biens immobiliers matrimoniaux. On a noté jusqu'ici, chez les tribus indiennes de l'Amérique, que l'augmentation des possibilités d'autonomie gouvernementale tend à être concomitante avec un plus grand succès socio-économique. Tout ce qui diminue ces possibilités (même de façons apparemment sans relation avec les résultats socio-économiques) a tendance aussi à réduire ce succès.³⁷

Ces questions devraient être réglées par les tribus elles-mêmes pour une autre raison : le droit occidental ne repose pas sur les croyances et principes autochtones. Ainsi, des solutions élaborées par des non-Autochtones peuvent mal s'adapter aux circonstances et à la culture autochtone, et ne faire qu'engendrer d'autres problèmes. Cela est sans doute particulièrement vrai des questions qui touchent les femmes autochtones, dont l'histoire diffère de celle des Européennes.³⁸ De surcroît, chaque nation autochtone a sa propre histoire, c'est-à-dire qu'il n'existe même pas une seule solution autochtone aux problèmes apparents de litiges sur les biens au sein des terres autochtones.

³⁶ Nous faisons référence ici uniquement aux différences « juridiques » entre les conclusions, c'est-à-dire à celles qui découlent de différences entre les lois des tribus.

³⁷ Voir par exemple Stephen Cornell et Joseph P. Kalt, « Sovereignty and Nation-Building: The Development Challenge in Indian Country Today », *American Indian Culture and Research Journal*, volume 22, numéro 3, 1998, p. 187 à 214.

³⁸ Shoemaker fait observer que [Traduction] « Pour bien comprendre l'histoire des femmes indiennes, nous devons en vérité nous pencher en même temps sur les notions culturelles indiennes en matière de différence des sexes et sur les liens entre ces notions et l'expérience de chaque femme. » (op. cit., p. 6.).