

DROIT TRIBAL ET JEUX D'ARGENT EN CALIFORNIE

*L Musiyan**

Les tribus amérindiennes sont-elles aujourd'hui des entités souveraines enclavées, dotées d'un statut juridique et politique exceptionnel, plutôt qu'une minorité ethnoraciale parmi d'autres? Si une réponse positive nuancée s'impose au plan doctrinal et constitutionnel, il paraît difficile en revanche de considérer ces communautés comme placées hors des jeux de pouvoir intra-étatiques.

En Californie singulièrement, leur intégrité culturelle et économique passe non seulement par des décisions de justice, qui réaffirment la compétence plénière traditionnelle du pouvoir fédéral, mais aussi par des négociations politiques avec les autorités de l'Etat pour justifier leur situation, fiscale ou autre, dérogoire du droit commun, par leur utilisation des procédures de la démocratie directe ou référendaire, et assez paradoxalement par l'exclusion de certains de leurs membres, privés d'identité tribale, en particulier depuis leur accession à la réussite économique par le biais des établissements de jeux d'argent.

Les tribus indiennes semblent réinvestir de plus en plus, en tant que groupes d'intérêts, le champ social, politique et juridique de la société dite dominante, au détriment peut-être des enjeux culturels traditionnels.

Are today's Native American tribes landlocked sovereign entities with a unique legal and political status, rather than one ethno-racial minority among others? While legal doctrine and constitutional decisions leave no doubt about a nuanced affirmative answer, it is difficult to view those communities as placed well beyond state power relationships.

In California most especially, their cultural and economic integrity has been ensured at once by judicial rulings reasserting the conventional concept of the federal government's plenary powers, political negotiations with state officials to vindicate their exemption, fiscal and otherwise, from ordinary law, the use of the

* Maître de Conférences en Littératures et Civilisations Etrangères (Anglais) à l'Université de la Polynésie Française.

initiative or referendum devices of direct democracy, and paradoxically, the removal of some members from tribal rolls, particularly since they achieved economic success thanks to gaming establishments.

Indian tribes seem to an increasing degree to be reinserting themselves as interest groups into the social, political and economic fabric of the mainstream society, possibly at the expense of traditional cultural stakes.

A l'instar des autres minorités ethno-raciales présentes en Californie et dans les autres Etats, les Amérindiens ont la faculté de participer à la gouvernance fédérale et étatique de par leur citoyenneté américaine, formellement accordée en 1924¹. Mais à l'intérieur de leurs réserves, ils sont régis par des institutions et des règles particulières, exerçant de ce fait une souveraineté législative fondée sur des textes votés depuis longtemps par le Congrès américain et sur des décisions de justice rendues par des tribunaux fédéraux. Cette longue sédimentation jurisprudentielle se poursuit aujourd'hui et suscite des interrogations parmi leurs concitoyens, voire parmi des juges encore incertains du véritable statut qui doit être reconnu à toutes ces collectivités tribales séparées, minuscules, mais pleinement souveraines.

Ce dualisme juridique, appliqué à des domaines divers comme les règles fiscales encadrant les activités économiques, le droit de la responsabilité, le droit des contrats, l'exercice des libertés publiques, le droit de l'environnement, mais aussi la réglementation des établissements de jeux ou la définition des critères d'appartenance tribale, n'est-il pas en effet source de confusions, de complications, d'abus de pouvoir politique et d'avantages économiques indus? Cette ambivalence dans l'application des normes est-elle encore justifiée dans le contexte américain contemporain, caractérisé par les pratiques du libéralisme politique² et économique? Le droit indien, exorbitant du droit commun, ne s'est-il pas figé en un statut hautement protecteur déconnecté des conditions politiques et économiques réelles?

1 43 Stat. 253. Cette loi fédérale du 2 juin 1924 ne faisait en réalité qu'unifier définitivement le statut juridique des Indiens, affiliés ou non à des réserves ou des tribus. Les premières acquisitions de la nationalité américaine remontent à la loi fédérale du 8 février 1887 (24 Stat 388) en complément de l'attribution individuelle de droits fonciers à tous ceux qui décideraient de vivre hors de leurs tribus «en adoptant les usages de la civilisation».

2 En termes de participation politique au niveau national, 42,5% des Amérindiens se décrivent comme Démocrates, 20% comme Républicains et 38% comme Indépendants. S'agissant de leurs préférences sociétales, presque 75% revendiquent plutôt une étiquette modérée ou conservatrice. Cf Jeffrey Schultz et al *Encyclopedia of Minorities in American Politics 2*, Peter d'Errico *Sovereignty: A Brief History in the Context of United States Indian Law* (Oryx Press, Phoenix, 2000) 672.

I UNE SOUVERAINETE PERDUE PUIS RETROUVEE

Le Bureau Fédéral des Recensements dénombre quelque 350.000 Amérindiens en Californie (1,2% de la population). En réalité, beaucoup d'entre eux viennent d'autres Etats et ne sont pas rattachés culturellement aux 107 tribus californiennes officiellement reconnues par les autorités fédérales³ (sur un total de 575 à l'échelle du pays) et dont la composition numérique est inégale: les Pechanga du comté de Riverside représentent 1.370 individus, alors que les Sycuan du comté de San Diego comptent seulement 130 membres. Le chiffre le plus significatif est cependant le nombre de bénéficiaires d'une rente octroyée par les sociétés de casino appartenant en propre à des tribus et qui opèrent sur des réserves: 37.000 personnes disposeraient non seulement d'un revenu mensuel allant de 15 000 à 30.000 dollars mais aussi de facilités financières pour accéder à l'éducation, aux soins médicaux, aux assurances sociales, au logement, pour investir également dans des projets économiques sur les réserves mêmes ou en-dehors de leurs limites. Si environ 20% des Indiens de Californie vivent encore dans la précarité, on peut parler pour 11% d'entre eux d'un progrès socio-économique considérable doublé d'un poids politique croissant⁴.

Cette minorité géographiquement dispersée et culturellement hétérogène est pourtant restée longtemps dans les marges de la société californienne, victime des contacts avec les Espagnols, les Mexicains puis les Américains (Heizer et Elsasser 221-237; Rawls et Walton 42-53). Déclin démographique, paupérisation, exploitation économique, choix forcé entre l'extermination ou l'assimilation: de 1769 à 1850, la diversité indienne s'est peu à peu étiolée, et la disparition d'un grand nombre de groupes linguistiques n'a été que renforcée dans la période de domination américaine par la constitution de réserves d'une superficie modeste (sur le modèle des *rancherias* espagnoles⁵) ou d'une valeur économique douteuse.

3 Une cinquantaine de groupes de taille variable attendent aujourd'hui la reconnaissance de leur statut tribal par voie législative ou par voie contentieuse. Cf Carole Goldberg et Duane Champagne "Ramona Redeemed? The Rise of Tribal Political Power in California", *Wicazo Sa Review*, Vol 17, N°1, *Sovereignty and Governance I*, Spring 2002, 43-63, 45.

4 Kevin Fagan *San Francisco Chronicle*, "Casino Cash Eludes Vast Majority of Indians", 20 April 2008.

5 Si les quelque 15000 Indiens (dont les Chumash, les Costonoan, les Salinan ou les Gabrieleno) convertis au catholicisme durant la période missionnaire espagnole vivaient dans les communautés fondées par les Franciscains, les autres tribus dépossédées de leurs terres se voyaient assigner des zones de résidence plus distantes, à vocation agricole ou non, désignées sous le terme de *rancherias*. Dans le comté de Riverside, connu aujourd'hui pour sa concentration de casinos indiens, les Morongo à Banning et les Agua Caliente à Palm Springs ont fait partie de ces tribus «déplacées».

L'exclusion raciale a fait le reste (Rawls 171-201). Par rapport aux communautés amérindiennes des autres Etats, l'histoire des tribus californiennes, converties ou non par les missionnaires espagnols, réfugiées dans les piedmonts du Sierra Nevada ou éparpillées le long des côtes ou dans la Vallée Centrale, n'est pas fondamentalement différente.

L'évolution de leur statut a été conditionnée comme ailleurs par la politique fédérale (Wrend et Smith 12), celle liée aux traités conclus avec les représentants des tribus (en Californie en l'occurrence, ils ne furent jamais ratifiés par le Sénat, ce sous la pression des nouveaux occupants des terres indiennes et de leurs législateurs), ou encore la politique d'assimilation par l'accession individuelle au foncier et la disparition concomitante des terres détenues collectivement. Au gré des orientations de la politique indienne appliquée uniformément dans tout le pays, ces tribus ont tantôt bénéficié d'une attention plus grande des autorités fédérales, avec la faculté de se doter d'une identité précise et permanente, tantôt été menacées d'être rayées d'un trait de plume de la liste des groupes indiens autonomes ou nations indiennes (c'est la politique désignée sous un vocable juridique des plus frappants: *termination*, Jaimes 98-100).

Elles restent d'autre part régies comme toutes les autres par les grands principes du droit fédéral: la compétence plénière et exclusive du Congrès pour tout ce qui a trait aux affaires indiennes et donc sa prééminence sur les autorités étatiques et tribales; la souveraineté limitée reconnue aux nations indiennes enregistrées en tant que telles, et décrites depuis l'époque du juge de la Cour suprême John Marshall comme « des nations domestiques dépendantes »⁶; le mandat particulier conféré au gouvernement fédéral pour sauvegarder l'intégrité politique et territoriale des tribus; l'immunité des tribus contre toute poursuite en justice au pénal comme au civil, sauf exceptions législatives. Pourtant, malgré cette convergence des situations, alternant entre espoir et amertume, les tribus californiennes ont dû surmonter parfois des défis encore plus grands.

Elles ont souffert en particulier des aléas de la politique fédérale, quand bien même celle-ci fût bien intentionnée. A titre d'illustration, dans les années 1950, conformément à une loi du Congrès mettant fin à l'existence légale de groupes considérés comme économiquement et culturellement non viables, 38 rancherias disparaissent brutalement, et leurs membres sont incités financièrement à se fixer dans un environnement urbain. Mais c'était du coup créer une dichotomie entre Indiens des réserves et Indiens des villes, avec pour conséquence une réorientation des aides financières justifiée par la constitution d'une nouvelle minorité urbaine

6 *Cherokee Nation v Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 17-18 (1831).

composée d'Indiens de Californie et d'autres Etats. On était bien loin d'un bloc minoritaire socialement homogène et géographiquement circonscrit. Pareillement, dans les années 1970, lorsque le mouvement de balancier législatif favorise les revendications de souveraineté et de rétablissement des entités tribales, les Amérindiens de Californie n'ont pas tous les ressources nécessaires pour s'affirmer collectivement. Comble de l'ironie, pour ceux qui ont pu reconstituer des structures tribales, le Bureau des Affaires Indiennes comme d'autres organismes fédéraux ne voyaient pas toujours la nécessité de leur allouer des aides soutenues. Ce faisant, ils ont perpétué le cycle socio-économique de l'isolement et de la précarité.

Les Amérindiens de Californie formaient donc une minorité fragmentée et tenue pour quantité négligeable en même temps qu'une longue liste de nations autochtones souveraines mais impuissantes. Tout change avec l'avènement des casinos à la fin des années 1979 et au début des années 1980⁷. Pour la première fois de leur histoire collective, les tribus dont la situation géographique permet d'investir dans de telles installations ou pour lesquelles les jeux d'argent ne semblent pas contraires aux traditions culturelles ni aux règles morales trouvent une source de revenus réguliers (Haugen 63-65, Kallen 29-31). Si ces initiatives (communes aux réserves de la Californie, de la Floride ou du Connecticut) sont avalisées par les autorités fédérales, elles vont très vite se heurter en revanche à la réticence des Etats concernés et donner lieu à des contentieux juridiques⁸.

C'est à propos des Indiens Cabazon et Morongo dans le comté de Riverside que la Cour suprême fédérale rend en 1987 un arrêt favorable à l'exercice de la souveraineté indienne⁹. Elle dispose que l'Etat de la Californie n'a pas compétence à interdire à une tribu indienne de proposer des jeux d'argent autorisés ou tolérés dans d'autres de ses comtés sous prétexte qu'une loi fédérale de 1953¹⁰ semble

7 C'est avec la bénédiction de l'administration Reagan en particulier que cette tendance va se renforcer. Ne favorise-t-elle pas en effet le désengagement des autorités fédérales et l'autonomie financière des nations indiennes? Plus de quatre cent casinos ont été ouverts depuis, localisés dans une trentaine d'Etats, avec des rentrées financières dépassant 22 milliards de dollars.

8 Cf Justin Neel Baucom "Comment: Bringing Down the House: As States Attempt to Curtail Indian Gaming Have We Forgotten the Foundational Principles of Tribal Sovereignty?" 30 *American Indian Law Review* 2005-2006, 423-430.

9 *California v Cabazon Band of Mission Indians*, 480 US 202, 1987. Selon la Cour suprême, la Californie n'avait pas rendu illégal le principe des jeux d'argents, lesquels existaient dans l'Etat sous d'autres formes déjà et étaient simplement réglementés et non interdits. Or, le Congrès fédéral n'avait donné compétence législative à certains Etats que dans le cas d'activités illicites. La Californie n'était donc pas autorisée à appliquer ses dispositions réglementaires générales aux réserves indiennes enclavées. Pour une analyse détaillée, voir Daniel Jacobson "Indian Sovereignty: A Brief History" (2007) 49 *Orange County Lawyer* 32-34.

10 Pub L N°83-280, 67 Stat 588.

retirer aux tribus de six Etats (dont la Californie) le bénéfice de l'immunité au pénal et au civil. Les jeux d'argent n'étaient pas interdits mais simplement réglementés. Les Cabazon et les Morongo, qui n'offraient jusque là que de simples jeux de bingo et des jeux de cartes aux gains limités, échappaient ainsi à l'emprise de l'Etat. Une brèche était ouverte, par laquelle se sont engouffrées d'autres tribus proposant des jeux d'argent de plus en plus lucratifs, défiant ouvertement les collectivités locales où elles sont implantées (Rand et Light 30-51).

Les multiples pressions de part et d'autre ont obligé le Congrès à intervenir et légiférer en 1988: la loi IGRA (Indian Gaming Regulatory Act)¹¹ opère une triple distinction entre les types de jeux d'argent proposés en établissant un échelonnement des contraintes. La loi est censée établir un compromis entre les intérêts des tribus et ceux des Etats. Aussi les jeux d'argent les plus prisés (machines à sous, jeux de table comme le baccarat) appellent-ils une entente préalable entre autorités tribales et autorités étatiques et l'intervention d'un médiateur et en tout dernier recours des responsables fédéraux en cas de désaccord. Il faut souligner néanmoins que si une tribu enfreignait le texte fédéral, c'est le gouvernement fédéral et non le gouvernement de l'Etat intéressé qui dispose du droit à initier une procédure en justice. Mais par ailleurs, les Etats sont à même de négocier des contreparties financières et de vérifier que les casinotiers effectuent des transferts au profit de tribus non impliquées et donc plus défavorisées. Pour certains, c'est un recul de la souveraineté amérindienne (Wildenthal 115), et pour d'autres au contraire, la recherche d'un point d'équilibre nécessaire entre souverainetés distinctes et concurrentes (Duthu 132).

II UNE SOUVERAINETE ECONOMIQUE CONTESTEE

Il faut dire que depuis l'accession des tribus indiennes à ce capitalisme économique d'un genre inédit, les tensions politiques et les péripéties judiciaires n'ont cessé d'être vives. Face au gouverneur Pete Wilson – qui voulait éviter en Californie un monopole de fait des tribus, en négociant son propre modèle d'accord avec une tribu non encore impliquée, les Indiens Pala du comté de San Diego, les Indiens se sont regroupés pour défendre leur conception de la co-existence politique. En effet, ils n'étaient pas des novices en matière de procédures administratives et judiciaires. Par exemple, en usant de certains soutiens politiques, les Indiens Pomo avaient pu dans le passé faire rétablir leur identité collective, décrétée auparavant comme éteinte. Donc la grande nouveauté pour ces tribus qui ont affronté successivement les gouverneurs Wilson, Davis et Schwarzenegger¹²,

11 25 USC §§ 2701-2721.

12 Avant son élection, Arnold Schwarzenegger avait dénoncé la main-mise des tribus indiennes sur le financement de certaines campagnes politiques, celles de ses adversaires Démocrates comme

c'est qu'elles sont perçues dorénavant comme une vaste coalition politique défendant des intérêts particuliers. Leur campagne en faveur de la Proposition 5 en 1998¹³ ou de la Proposition 1A¹⁴ en mars 2000 (des textes référendaires rédigés par leurs soins et tendant à faire reconnaître leurs droits d'ouvrir ou de maintenir des établissements de jeux) a été l'occasion pour ces nouveaux groupes de pression d'influencer le vote des Californiens par des contributions financières conséquentes.

Elles se sont coulées avec aisance dans le moule de la démocratie californienne en empruntant les modalités d'action les plus typiques: procédures référendaires, litiges portés devant des juridictions fédérales, négociations collectives avec les autorités de l'Etat, contacts privilégiés avec des législateurs, qu'ils soient Républicains ou Démocrates, avec des donations politiques; implication dans la vie communautaire de leur comté par des actions philanthropiques; consultation de professionnels de la communication, de la politique ou du secteur des jeux d'argent. Le tout nouveau gouverneur de la Californie, Jerry Brown, alors qu'il occupait à Sacramento les fonctions de Procureur général, n'avait-il pas prêté une oreille attentive - complaisante, disaient les critiques - aux revendications des communautés indiennes coalisées face à la Commission de contrôle des jeux d'argent en 2008?¹⁵ Ses interlocuteurs étaient en tout cas rompus aux techniques de la communication politique.

Gray Davis ou Cruz Bustamente. Les Indiens défendent des intérêts particuliers étroits, avait-il martelé, en promettant de mettre fin à un statut protecteur injustifié. Cf Duncan Campbell, "Tribe casinos thrown into the election mix", *The Guardian*, Oct. 6, 2003, 14. Le gouverneur Schwarzenegger s'est ravisé depuis et a même encouragé l'implantation de casinos hors des limites des réserves. Cf Nancy Vogel, "Governor Backs Indian Casino; State Legislators and US Must Still Approve the Site" *Los Angeles Times* April 29, 2008, B-1; Nancy Vogel, "Tribe Gets to Put Off Paying the State; Schwarzenegger Lets the Sycuan Postpone Enactment of a Casino Compact" *Los Angeles Times* June 22, 2008, B-1.

13 Malgré le risque que la Californie suive les traces de l'Etat du Nevada, 63% des électeurs se sont prononcés favorablement pour la liberté d'établissements des jeux de casino, sensibles sans doute à certaines injustices historiques commises à l'encontre des tribus indiennes. Cf Claudia Buck, "A Gamble that Paid Off", *California Journal* Dec 1998, 44-47.

14 Ce texte amende la Constitution étatique pour garantir définitivement le droit des tribus à ouvrir, voire étendre des casinos, ou du moins obliger les autorités californiennes à négocier des accords. En réalité, 64,5% des Californiens l'ont approuvé parce que les tribus acceptaient en contre-partie de se conformer aux normes de l'Etat en termes de droit du travail, de mise en responsabilité civile à l'égard de leurs clientèles, ou de protection de l'environnement. Le texte fixait également des limites au nombre de machines à sous ou d'établissements exploités. Voir James P Sweeney «The Fallout From Indian Gaming» *California Journal* Sept 2001, 10-15.

15 Matthew Fletcher, "Court Sides With Rincon" *San Diego Union Tribune* 22 April 2010.

Dans le comté de San Diego, qui compte actuellement dix casinos (une manière de record à l'échelle des Etats-Unis), les Sycuan gèrent avec succès des activités commerciales qui attirent en moyenne annuelle 1 million de visiteurs et représentent un gisement d'emploi non négligeable pour plus de 600 personnes. Or, l'exemple de cette tribu présidée jusqu'à une date toute récente par une femme de caractère – Anna Prieto Sandoval¹⁶ n'est pas isolé. La Californie n'est dépassée pour la concentration des établissements de jeux que par le seul Etat de l'Oklahoma. Même en cette période d'incertitude économique, les 442 casinos indiens présents sur tout le territoire américain ont réalisé en 2009 un chiffre d'affaires cumulé de 26 Mds de dollars (500 millions de moins qu'en 2008). La menace d'une autorisation généralisée des jeux en ligne ne semble pas affecter leurs stratégies commerciales, y compris en Californie où les Indiens Morongo ont entamé des négociations avec des sociétés spécialisées dans ce nouveau secteur.

Mais d'un autre côté, les tribus indiennes, en Californie comme dans le reste du pays, ne sont-elles pas victimes d'un effet de loupe? On ne retient en somme que les succès les plus spectaculaires sans tenir compte des résultats financiers modestes enregistrés par la plupart des tribus concernées. Pour certains observateurs (Champagne 322-323), d'autres chiffres sont plus significatifs, notamment le fait que sur les 220 nations indiennes souveraines engagées dans ce secteur, on ne peut parler de prospérité que pour une trentaine seulement d'entre elles.

Prospères ou pas, toutes les tribus prennent conscience aussi que la souveraineté demeure un principe à géométrie variable, soumis dans les faits à des interprétations juridiques parfois contradictoires (Deloria et Wilkins 158-159). Le chef de l'exécutif d'un Etat a-t-il l'obligation de négocier avec des tribus dont l'objectif semble d'étendre sans cesse davantage la superficie de leurs installations commerciales et la gamme de leurs prestations? Jusqu'où vont les limites d'une « négociation de bonne foi » avec les autorités exécutives et législatives d'un Etat, suivant les termes de la loi IGRA¹⁷? Des critères comme l'intérêt public, la sécurité publique, l'intégrité financière, la criminalité, peuvent-ils faire l'objet d'une appréciation objective reconnue spontanément par les deux parties contractantes? (Conference of Western Attorneys General 363-374). Peut-on donner une acception restrictive au principe de souveraineté dans le cas d'une tribu économiquement bien établie, et une acception plus extensive pour des groupes qui entrent pour la première fois dans ce secteur d'activités ou qui ont des opérations

16 Elaine Woo "Anna Prieto Sandoval, An Obituary" *Los Angeles Times* 7 Nov 2010.

17 25 USC section 2710 (d) (7) (B) (iii).

très modestes? Une tribu peut-elle implanter un établissement de jeux à l'extérieur de son domaine territorial? Dans quelle mesure les tribus californiennes, toutes confondues, risquent-elles d'établir un monopole sur les jeux d'argent, oubliant leurs trois motivations premières, à savoir leur souveraineté, leur autonomie économique et leur intégrité culturelle? (Mullis et Kamper 50, Darian-Smith 98)

Aussi est-il facile pour les établissements de jeux concurrents (spécialisés par exemple dans les paris de courses hippiques) qui ne bénéficient pas de cette manne de dénoncer le dévoiement du principe de souveraineté. En 2004, en proposant une loi référendaire surnommée par jeu de mots *Racino*¹⁸, ils ont employé la même arme de la démocratie directe pour contrebalancer les initiatives indiennes et sensibiliser les électeurs aux enjeux de gouvernance. Et depuis, malgré la défaite de leur proposition, ils ont été rejoints dans leurs préoccupations par des collectivités locales soucieuses de la sécurité des biens et des personnes, de l'inadéquation des infrastructures publiques aux approches des casinos indiens, du non-respect des plans d'aménagement du sol, ou de l'impact sur l'environnement. Pour ceux-là, la souveraineté indienne, louable en soi, est devenue un alibi pour consolider un certain pouvoir économique¹⁹.

Et la jurisprudence des tribunaux fédéraux, loin d'être fixée, reflète ce qu'il convient d'appeler un choc des souverainetés. Aux termes de la loi IGRA, les Etats où des tribus locales veulent implanter des établissements publics comportant les jeux les plus lucratifs (les jeux de « troisième catégorie » dans la nomenclature officielle) ont bien l'obligation d'entamer des négociations « de bonne foi » avec leurs instances dirigeantes. Le texte de loi prévoit même que les tribus puissent actionner les autorités des Etats récalcitrants devant des juridictions fédérales. Pour autant, dès 1996²⁰, la Cour suprême des Etats-Unis rappelait qu'en vertu de la Clause du Commerce de l'article I, Section 8, de la Constitution, le Congrès n'a pas le pouvoir de forcer les Etats à renoncer à leur immunité judiciaire consacrée par le Onzième Amendement à la Constitution. Ce faisant, la Cour conférait évidemment aux Etats comme la Floride, l'Arizona, le Nouveau-Mexique ou la Californie, un

18 James P Sweeney "A High-Stakes Gamble" July 2004 California Journal 28-33.

19 Quatre tribus (les Agua Caliente, les Morongo, les Pechanga et les Sycuan) tiennent aujourd'hui le haut du pavé, notamment parce qu'elles ont su négocier un accroissement du nombre de machines à sous contre une contribution substantielle au budget de l'Etat de l'ordre de 15 à 25% de leurs revenus. L'ancien gouverneur Arnold Schwarzenegger avait proclamé à l'envi une promesse électorale forte: faire payer aux tribus indiennes leur juste part chaque fois qu'elles s'aviseraient de solliciter une extension de leurs activités lucratives. Voir Kevin Fagan, John Wildermuth, «State Voters Back Indian Gambling Measures» *The San Francisco Chronicle* 6 February 2008, A-17.

20 *Seminole Tribe of Florida v Florida* 517 US 44 (1996).

veto de fait sur les projets des tribus indiennes. Les procédures de médiation ou d'arbitrage, les initiatives prises éventuellement par l'exécutif fédéral, ou alors les tentatives d'accord amiable constituent, dans de telles situations, les seuls recours.

Les juridictions fédérales inférieures sont prises dans cette même logique incertaine. Le dernier exemple en date nous est fourni par une décision récente de la Cour d'appel fédérale du 9^e Circuit, dans une affaire opposant l'ancien gouverneur Schwarzenegger à la tribu Rincon dans le comté de San Diego²¹. Confronté à une situation financière difficile, l'exécutif de l'Etat était tenté d'imposer une nouvelle lecture aux accords conclus avec certaines tribus relativement aux clauses financières²². Alors que les premiers accords prévoyaient simplement, dans l'esprit de la loi IGRA, une contribution à deux fonds distincts (l'un dédié aux tribus qui ne gèrent aucun casino ou qui sont propriétaires de modestes établissements de jeux, l'autre destiné aux collectivités localisées à proximité d'un casino indien), les Indiens Rincon doivent reverser une partie de leur chiffre d'affaires à l'Etat au titre d'une recette budgétaire. Pour le juge Milan Smith, un tel accord financier est l'équivalent d'une imposition directe, à laquelle échappent les nations indiennes de par la loi et la pratique constitutionnelle. L'évocation d'un simple partage des responsabilités financières pour l'intérêt public est une fiction juridique intenable en même temps qu'une intrusion grossière dans les rapports de souveraineté: « Aujourd'hui, nombre de tribus ont trouvé un filon d'or dans les jeux de casino, mais les autorités de certains Etats, comme leurs prédécesseurs par le passé, s'emploient par des manœuvres à s'emparer d'une partie du filon ou du moins à en exiger le partage »²³.

Il n'aura pas fallu longtemps pour savoir si le raisonnement en forme d'admonestation du juge Smith allait être confirmé ou non par la formation plénière de la Cour d'appel fédérale. Dès le mois d'août 2010, les mêmes juges ont rejeté un nouvel examen du dossier. Il appartient désormais à la Cour suprême fédérale soit de dénoncer la mauvaise foi des autorités californiennes, soit de rappeler éventuellement le principe de la souveraineté partagée où les droits sont symétriques, aucune partie ne jouissant de droits supérieurs par rapport à l'autre, et

21 *Rincon Band of Luiseno Mission Indians v Arnold Schwarzenegger* 08-55809 (9th Cir 20 April 2010).

22 Voir à titre d'exemple le document négocié dans le comté de Humboldt, *Tribal-State Gaming Compact Between the State of California and the Big Lagoon Rancheria*, California Legislature, Senate Committee on Governmental Organization, 28 March 2006.

23 *Rincon Band* 5887.

d'énoncer le nécessaire passage d'une situation de monopole à un « monopole bilatéral »²⁴, pour reprendre les termes du juge de la Cour d'appel Jay S. Bybee.

III UNE SOUVERAINETE CULTURELLE REDEFINIE

D'autres critiques se concentrent aujourd'hui sur le lien entre l'essor des casinos indiens et l'exclusion de certains membres de ces tribus, au motif que leur appartenance biologique ou culturelle est contestable, ou qu'ils ont coupé tout rapport durable avec leur groupe d'origine en allant se fixer ailleurs²⁵. Ceux-là sont accusés par les autorités tribales de demander leur réintégration pour profiter de la manne financière. Mais les contre-accusations sont encore plus nombreuses: Mark Macarro, le président de la réserve Pechanga à Temecula²⁶, ou Morris Reid, président des Chuckchansi de la réserve de Picayune dans le comté de Madera²⁷, se voient reprocher d'éliminer des familles entières des listes tribales pour ne pas avoir à partager entre un plus grand nombre les bénéfices engrangés. Eux se défendent derrière un autre grand principe juridique: les critères de rattachement tribal sont fixés et jugés par les conseils des réserves, sans aucune intervention extérieure²⁸.

Il semble impossible de ce point de vue de contourner l'arrêt de la Cour suprême fédérale *Santa Clara Pueblo*²⁹ datant de 1978, qui interdit au Bureau des Affaires Indiennes de la côte Pacifique de prendre en compte toutes les plaintes affluant depuis 1999³⁰. En Californie, plus de trois mille individus appartenant à treize tribus différentes ont été rayés des listes officielles. Ils ont beau invoquer des griefs à leur encontre qui sont d'ordre personnel (par exemple, ils auraient désapprouvé certaines méthodes ou stratégies financières en rapport avec les casinos), des

24 Ibid 5957-5958.

25 David E Wilkins "Exiling One's Kin: Banishment and Disenrollment in Indian Country" (2004) 17(3) *Western Legal History* at 235-262.

26 Danna Harman "Gambling on tribal Ancestry" *Christian Science Monitor*, 14 April 2004, 15.

27 Michael Hiltzik "Fairness is the Loser in Tribal Identity Crisis" *Los Angeles Times*, 5 April 2004, C-1; Kevin Fagan "Tribes Toss Out Members in High-Stakes Conflict" *The San Francisco Chronicle* April 20, 2008, A-1.

28 Brendan Ludwick, "The Scope of Federal Authority Over Tribal Membership Disputes and the Problem of Disenrollment" *The Federal Lawyer* (2004) 51, 44-50

29 *Santa Clara Pueblo v Martinez*, 436 US 49 (1978). En confirmant en l'espèce au conseil tribal le pouvoir d'opérer une discrimination entre enfants suivant qu'ils descendent d'une lignée patrilinéaire ou matrilinéaire, la Cour suprême présidée par Thurgood Marshall légitime toute une série de situations inégales relatives au droit de vote, au droit de succession, au droit foncier, au droit de résidence dans la réserve.

30 Emily Bazar «Native American? The Tribe Says No: Disputes Over Who's a Real Indian Rile Tribes" *USA Today*, November 29, 2006, 1-A.

rivalités ou des vengeances politiques dont ils sont victimes, des purges arbitraires violant la loi fédérale de 1968 (*Indian Civil Rights Act*)³¹ qui procure aux Amérindiens un certain nombre de garanties constitutionnelles ou droits fondamentaux, leurs recours judiciaires n'aboutissent pas.

La doctrine classique exprimée par Felix Cohen (Cohen 133) et la jurisprudence moderne énoncée par le juge Thurgood Marshall dans l'arrêt *Santa Clara* ne laissent ni à d'autres tribus que celle directement concernée, ni aux Etats, ni aux autorités fédérales, la responsabilité de décider qui fait partie légitimement d'un groupe. Même la protection a minima du XIV^e Amendement à la Constitution fédérale relatif aux procédures légales régulières est inapplicable. Seuls les conseils tribaux ont voix au chapitre. S'ils décident par exemple de ne pas intégrer dans leurs décisions l'avis scientifique d'un anthropologue ou d'un spécialiste des tests ADN sur les origines familiales de certains Indiens, aucune instance extérieure ne peut les contredire ni les forcer à accepter d'autres critères de filiation. Car dans le schéma idéal, la définition collective du groupe par le groupe lui-même constitue la pierre de touche de la vraie souveraineté; chaque groupe est unique et relève d'une définition essentialiste écartant l'intervention de toute instance extérieure.

Parmi les stratégies juridiques employées récemment pour subvertir ce principe, on peut mentionner encore le renvoi à la loi fédérale de 1953 (*Public Law 280*)³², qui avait introduit dans quelques Etats, dont la Californie, la compétence des juridictions étatiques en matière civile et pénale dans les réserves indiennes. Mais même cette approche, utilisée en 2004 par le juge Charles Field dans le comté de Riverside³³, a été mise en échec par l'application du principe de la souveraineté inhérente, pré-existant aux rapports entre les Etats-Unis et les nations amérindiennes, pré-existant également à la Constitution fédérale. Les autorités tribales accusées de népotisme ou d'inhumanité ou de purge collective se sont donc justifiées par des arguments de fait, notamment la nécessité de traiter et trier les nombreuses demandes d'intégration ou de réintégration motivées par le seul appât du gain, ou encore le fait que les cas d'exclusion ne sont pas apparus seulement avec le développement des établissements de jeux. En quelque sorte, peu de personnes s'y intéressaient auparavant du fait de l'inexistence d'enjeux financiers. Et l'illusion de la richesse aurait simplement amplifié un problème anodin et résolu jusque là par des méthodes traditionnelles incontestées.

31 25 USC §§ 1301-1341 (1968).

32 Texte législatif précité dans la note n°7.

33 *La Mere v Superior Court* 131, Cal App 4th 1059 (2005). La Cour d'appel de la Californie censure la décision du juge de première instance: en substance, elle déclare que les tribunaux de l'Etat n'ont pas à connaître des litiges internes aux tribus.

Mais est-il légitime que des Indiens Chumash, dont la présence plusieurs fois millénaire en Californie est amplement attestée (Kroeber, 550-568, Kallen 29-35) excluent certains des leurs de tout partage des gains au motif qu'ils ne sont pas localisés au lieu-dit de Santa Ynez, ou que les fractions de sang indien dont ils se prévalent ne sont pas suffisantes? (Wilkins 23-28). Est-il normal que le tiers d'une tribu soit dépouillé du jour au lendemain de ses droits matériels et surtout de son identité ethnique, comme dans le cas de certains Indiens Chuckchansi? Fortes de leur rente de situation, certaines tribus redéfinissent les critères d'appartenance ethnique en jouant des rapports de domination. Sans préjuger des issues juridiques ou politiques à ces contentieux qui impliquent parfois le bannissement pur et simple du territoire indien, on peut souligner la persistance d'une question de fond. Les autorités fédérales peuvent-elles longtemps rester indifférentes à de telles impasses où un statut tribal de type holiste l'emporte sur une conception pluraliste-individuelle de la citoyenneté américaine? Mais d'un autre côté, si elles devaient intervenir, donner la priorité aux droits individuels plutôt qu'aux droits collectifs, elles pourraient vider le principe de souveraineté de son contenu³⁴.

Il incombe donc aux tribus concernées de réviser leurs procédures de délibération et de jugement conformément aux idéaux civiques de la société dite dominante pour pouvoir, à l'abri de toute critique, continuer à régir elles-mêmes leurs affaires intérieures et définir elles-mêmes les relations sociales qui les constituent en une multiplicité de nations quasi-souveraines. C'est l'une des conditions pour qu'elles apparaissent moins comme des minorités ethno-raciales indûment favorisées que comme des entités politiques enclavées évoluant dans un cadre à la fois pré-constitutionnel et extra-constitutionnel et dans un univers où il n'y a plus de souveraineté absolue ou hobbesienne. Pareillement, les activités économiques qu'elles exercent avec succès aujourd'hui échappent aux grands canons du capitalisme traditionnel où prime l'individualisme. Si capitalisme il y a, il est de caractère communautaire. Ce compromis dans la négociation culturelle, réclamé par certains des défenseurs les plus ardents de la souveraineté intrinsèque des Amérindiens, semble nécessaire pour que ces derniers puissent continuer à exercer leur triple citoyenneté: fédérale, étatique et tribale.

34 Pour les objections de ce type, voir par exemple Nicole J Laughlin, «Identity Crisis: An Examination of Federal Infringement on Tribal Autonomy to Determine Membership» (2007) 30 *Hemline Law Review* at 97-122. Dans le même registre, une partie de la doctrine plaide pour la reconnaissance du caractère institutionnel du droit indien au plan institutionnel et normatif. Par ex Philip P Frickley "Native American Exceptionalism in Federal Public Law" (2005-2006) 119 *Harvard Law Review* at 433-490.

