

Les peuples indigènes du Chaco argentin et leur droit aux territoires ancestraux

María Luisa Zalazar

 <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=417>

DOI : 10.35562/droit-public-compare.417

Référence électronique

María Luisa Zalazar, « Les peuples indigènes du Chaco argentin et leur droit aux territoires ancestraux », *Droit Public Comparé* [En ligne], 2 | 2024, mis en ligne le 01 juillet 2024, consulté le 02 juillet 2024. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=417>

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

Les peuples indigènes du Chaco argentin et leur droit aux territoires ancestraux

María Luisa Zalazar

PLAN

1. Les droits sur la terre selon les coutumes Guaycurú
 2. Le droit de propriété foncière selon le droit fédéral argentin
 3. La réforme constitutionnelle argentine
 - 3.1. Les effets de la nouvelle constitution de 1994
 - 3.2. Les effets de la Convention 169 de l'OIT
 4. Les effets sur l'approche judiciaire dans la province du Chaco
 - 4.1. L'action d'*amparo*
 - 4.2. Le jugement Leiva, Epifanio, 2013
 - 4.3. Le jugement association La Tigra, 2013
 - 4.4. Le jugement Reserva Grande
 5. Un nouveau droit de propriété ?
- Conclusion

TEXTE

L'étude

María Luisa Zalazar explore la façon dont les juges argentins ont, contre toute attente, créé un nouveau droit des peuples indigènes sur leurs territoires ancestraux. Alors qu'une partie de ces terres appartenait légalement à des particuliers ou des entreprises, les juges sont partis de la constitution de 1994 – elle reconnaît le pluralisme juridique – et ont puisé dans les instruments internationaux – la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations unies sur les droits des autochtones – pour imposer une conception inédite de la propriété qui, à côté des principes occidentaux (individualisme, aliénabilité, *usus, fructus et abusus*), offre aux premiers peuples amérindiens un droit de propriété communautaire, un droit confondu avec la

possession immémoriale, un droit non susceptible d'aliénation, un droit qui inclut les droits sur les ressources et sur l'ensemble de la nature, un droit conçu comme un droit de l'homme. Ce nouveau droit n'a aucune base législative ou réglementaire. Il est tout entier jurisprudentiel.

L'auteure

María Luisa Zalazar est philosophe du droit, professeure à l'universidad Nacional del Nordeste (Argentine). Elle est membre du Laboratoire Estudios Críticos, Pluralismo Jurídico y Minorías Culturales. Ses travaux portent sur le pluralisme juridique en Argentine, sur le droit des minorités ethniques et la façon dont le droit argentin s'y adapte.

Sylvain Soleil

- 1 Ce que l'on nomme « les peuples autochtones du monde » représente environ 350 millions de personnes situées dans de vastes régions de la planète qui, de l'Arctique au Pacifique Sud, correspondent à soixante-dix pays et plus de cinq mille langues et cultures. Quarante millions d'entre elles constituent la population autochtone des Amériques. Contrairement à l'idée reçue, la densité de cette population indigène croît régulièrement, de façons diverses selon les régions. En Argentine, selon la base de données du *Registre national argentin des communautés indigènes*, sur les trente-et-un peuples indigènes qui habitent le pays, les trois populations les plus importantes sont les communautés Mapuche, Kolla et Toba-Qom (INDEC, 2004-2005). La cartographie complète et le recensement exact des populations autochtones du pays sont très difficiles à réaliser en raison de leur dispersion et de facteurs culturels, mais le recensement effectué en Argentine au cours de l'année 2022 permettra d'actualiser les chiffres et de fournir de meilleures données.

- 2 Selon les catégorisations mises au point par les Nations unies, les peuples indigènes ou aborigènes sont les descendants des personnes qui habitaient un pays ou une région géographique au moment de l'arrivée de populations de cultures ou d'origines ethniques différentes. Dans les pages qui suivent, nous allons suivre la définition des peuples autochtones telle qu'établie par la Convention 169 sur les peuples autochtones et tribaux de l'Organisation internationale du travail (OIT), une convention internationale contraignante qui fait partie du droit interne de l'Argentine et qui traite spécifiquement des droits des peuples indigènes et tribaux. Elle vise :

« Les peuples des pays indépendants, considérés comme autochtones en raison de leur descendance de populations qui habitaient le pays ou une région géographique à laquelle le pays appartenait au moment de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières étatiques actuelles, et qui, quel que soit leur statut juridique, ont conservé tout ou partie de leurs propres institutions sociales, économiques, culturelles et politiques. »
(Convention 169 de l'OIT, art. 1b)

- 3 Dans la région du Chaco argentin, la région sur laquelle nous allons nous focaliser, les pratiques coutumières sont identiques chez tous les peuples autochtones qui habitent la région. Le Chaco est une plaine d'environ un million de kilomètres carrés. La région se compose de prairies, de forêts et de jungles subtropicales avec des zones de marécages, de lagunes et est traversée par neuf rivières. Les peuples autochtones qui habitent cette région ont comme mode de subsistance un semi-nomadisme saisonnier, se consacrant principalement à la chasse, la pêche et la cueillette. À partir de l'arrivée des criollos dans la région, ils ont acquis la pratique de l'élevage. « La production de culture matérielle chez les groupes autochtones du Chaco présente de fortes similitudes¹ » (Gonzalo, 1998). Ainsi, l'unité de base des sociétés indigènes du Chaco est constituée d'une famille élargie, il y a un chef de famille élargie dont le rôle est héréditaire. Le pouvoir chamanique est considéré comme une protection contre les maladies, les attaques extérieures et les catastrophes naturelles. Le travail est réparti selon le genre : la pêche et la chasse sont les activités des hommes, tandis que les femmes se consacrent à la cueillette des fruits de la forêt et à la fabrication de

fibres. Les études de Palmer (2005), Braunstein (2008) et Gordillo (2006, 2010) soutiennent cette description de la vie des peuples indigènes du Chaco. Comme toutes les activités sont effectuées par toute la famille élargie sur un vaste territoire qu'elle occupe, l'idée de relation avec la terre est toujours celle de la communauté et non pas individuelle.

« Parmi les peuples autochtones, il existe une tradition communautaire de propriété collective de la terre, dans le sens où la possession de celle-ci ne se concentre pas sur un individu, mais sur le groupe et sa communauté. Les autochtones, du fait de leur existence même, ont le droit de vivre librement sur leurs propres territoires ; la relation étroite qu'ils entretiennent avec la terre doit être reconnue et comprise comme étant la base fondamentale de leurs cultures, de leur vie spirituelle, de leur intégrité et de leur survie économique². »

- 4 Pour cette raison, les coutumes, pratiques et cultures liées à la terre seront traitées comme une seule et même donnée. Nous aimerions montrer que ces ensembles de règles postulent une conception des droits fonciers très opposée à la conception du droit fédéral argentin, avant d'expliquer comment, dans plusieurs jugements récents, le juge argentin, pour diverses raisons constitutionnelles, sociales et culturelles, a accepté d'intégrer les conceptions autochtones dans les catégories juridiques modernes.

1. Les droits sur la terre selon les coutumes Guaycurú

- 5 Les peuples indigènes de la famille linguistique guaycurú vivent depuis des temps immémoriaux dans une vaste zone de la région du Gran Chaco, qui englobe l'Argentine, la Bolivie et le Paraguay. À l'intérieur de l'Argentine, les différentes communautés indigènes du peuple Qom se trouvent dans les provinces de Chaco, Formosa et Salta. Elles s'étendent pour des raisons migratoires aux quartiers du Grand Buenos Aires, de la capitale fédérale, de Rosario, de Santa Fe et de Corrientes. À l'extérieur du pays, cette nation s'étend jusqu'à la Bolivie et le Paraguay. Pour les peuples autochtones qui n'ont pas migré vers les régions suburbaines et urbaines des villes, les

coutumes relatives à la terre restent intactes. Le rapport à la terre, qui est au centre de ce travail, est très différent de ce que la loi argentine a établi. Il se fonde sur une divergence mise en lumière par Ingold entre deux conceptions de la relation culture-nature (Ingold, 2000). Pour le peuple Qom, la réalité dans laquelle se déroule la vie quotidienne englobe non seulement le monde humain, mais aussi le monde naturel et le monde spirituel, au sens où chacun, durant sa vie terrestre, n'est jamais séparé ni de la nature à laquelle il appartient ni du monde des dieux, des esprits et des ancêtres.

- 6 Selon cette façon de penser, le monde, l'humanité, le monde spirituel et la nature ont une relation intrinsèque, réciproque et permanente. La relation avec la terre est d'une importance vitale, c'est la question politiquement la plus sensible. En effet, les peuples autochtones de cette région, traditionnellement nomades, se déplaçaient au gré des saisons et des besoins liés à la chasse, la pêche et la cueillette. Ils se fixaient pour un temps variable et selon les besoins du groupe. Leur relation avec la nature dans son ensemble était (et demeure) une relation de coexistence avec l'habitat, ce qui, à leurs yeux, n'a rien à voir avec la propriété. Les ressources naturelles (la terre) ne sont pas traitées comme une chose comme le pense la loi argentine, mais comme une coexistence et un usage. Pour toutes ces raisons, penser la propriété au sens contemporain du concept est pratiquement impossible pour les peuples autochtones.
- 7 La question est encore plus complexe dans une zone où, d'un côté, l'écosystème est très riche et s'offre aux pratiques nomades des peuples autochtones, où, de l'autre, la double activité de plantation extensive et d'extraction minière devient la base de l'économie de marché. Ces activités causent en effet des dommages écologiques et mettent en danger les intérêts économiques communs et la survie et l'intégrité culturelle des communautés autochtones. Prenons l'exemple de l'affaire traitée par la Cour interaméricaine *Saramaka People v. Suriname*³. Le rapporteur spécial des Nations unies a mis en garde contre la vulnérabilité particulière des peuples autochtones qui habitent les forêts. Il souligne :

« La diminution de l'assise territoriale des indigènes n'est qu'une petite partie d'un phénomène plus large : celui de la perte progressive et accélérée du contrôle de leurs ressources naturelles,

parmi lesquelles la situation des ressources forestières est particulièrement aiguë. Ces dernières années, les forêts des peuples autochtones ont été systématiquement affectées par les activités des grandes sociétés forestières et l'exploitation forestière légale et illégale, entraînant la destruction progressive de leurs moyens de subsistance traditionnels. » (Stavenhagen, 2007)

2. Le droit de propriété foncière selon le droit fédéral argentin

- 8 Le droit argentin actuel est le fruit de deux sources principales : d'une part, la réglementation produite, du temps de la colonie espagnole, par la vice-royauté du Rio de la Plata, d'autre part, un ensemble de codifications d'inspiration française après l'indépendance. Au moment où les colons ont rompu avec l'Espagne, la nouvelle constitution a été modelée sur les idées de la Révolution française (sur le plan idéologique) et sur le texte nord-américain (sur le plan institutionnel). Dans ce cadre, la culture juridique dominante était celle d'un système basé sur l'écriture et sur une législation universelle dictée depuis Buenos Aires pour une société que l'on souhaitait uniformiser. Sur le plan du droit des biens, l'article 2506 du Code civil argentin (Titre V : *Du domaine des choses et des manières de les acquérir*) dispose : « Le domaine est le droit réel en vertu duquel une chose est soumise à la volonté et à l'action d'une personne ». Dès lors, le concept de propriété reposait sur la relation normative entre l'individu, la terre et les autres individus. Le nouveau Code civil de 2015 a opéré certains ajustements. Il comporte deux références à la question de la propriété indigène. Ainsi, le chapitre IV du titre préliminaire, article 18, affirme :

« Les communautés indigènes reconnues ont le droit à la possession et à la propriété communales des terres qu'elles occupent traditionnellement et de celles qui sont appropriées et suffisantes pour le développement humain tel qu'établi par la loi, conformément aux dispositions de l'article 75 alinéa 17 de la Constitution nationale. »

- 9 Dans une autre section, le Code établit que la propriété des terres indigènes sera réglementée par une loi spéciale qui, en 2022, n'a pas

encore été promulguée.

3. La réforme constitutionnelle argentine

- 10 La Constitution nationale de 1853 propose un modèle juridique monoculturel, avec la volonté d'assimiler les indigènes au modèle culturel occidental. Ainsi, la Constitution de 1853 au chapitre IV établissait : « Il revient au Congrès : [...] d'assurer la sécurité des frontières, maintenir un traitement pacifique avec les Indiens, et promouvoir leur conversion au catholicisme⁴ ». À la fin de la soi-disant conquête du désert, c'est-à-dire la conquête des territoires indigènes de Patagonie, l'armée argentine se rendit avec le même objectif dans le Chaco pour mettre fin à la résistance des Qom, Mocoví, Wichí, Pilagá et Guarani. Une fois les territoires autochtones occupés, l'État national a lancé une politique de colonisation des terres qui, de fait, impliquait l'expulsion de leurs terres et le déplacement des peuples autochtones.

3.1. Les effets de la nouvelle constitution de 1994

- 11 À la fin du xx^e siècle, l'Argentine a adhéré au courant multiculturaliste qui, sur le plan institutionnel, a commencé au Canada avec la loi sur le multiculturalisme canadien de 1988. L'Argentine a reconnu la préexistence des peuples autochtones et a élargi les droits des peuples autochtones en adhérant à la Convention 169 de l'OIT sur les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, adoptée à Genève, le 27 juin 1989. Il ne fait aucun doute que ces derniers temps, la plupart des pays d'Amérique latine ont connu une évolution normative qui reflète la composition multiculturelle et multiethnique des peuples du sous-continent. Cette évolution répond à la rencontre et à la reconnaissance de l'autochtone et du non-autochtone. C'est un processus qui a suivi dans certains cas le cours du pluralisme juridique (à chaque communauté son droit) et dans d'autres le métissage juridique dans lequel le pluralisme tend à se dissoudre. Le pluralisme juridique, au sens de Bobbio, se définit de la façon suivante :

« L'État n'est pas le seul centre producteur de normes juridiques ; celles-ci sont aussi produites par des groupes sociaux autres que l'État, pour autant : qu'ils déterminent leurs propres fins ; qu'ils établissent les moyens pour atteindre ces fins ; qu'ils répartissent les fonctions spécifiques des individus formant le groupe afin que chacun collabore, par les moyens prévus, pour parvenir au but ; qu'ils aient une culture différente. » (Bobbio, 2005)

12 Le métissage juridique, quant à lui, est compris comme l'hybridation spontanée et naturelle du droit ou, selon la formule de Santos,

« l'interlégalité dans le système juridique du droit qui suppose qu'il existe des espaces juridiques superposés qui s'interpénètrent et subissent un processus de métissage ou de créolisation exprimé dans la pratique et la pensée quotidiennes. » (Santos, 1995)

13 La constitution argentine a été modifiée en 1994. Elle affirme (art. 75, alinéa 22) :

« – Reconnaître la préexistence ethnique et culturelle des peuples indigènes argentins.

– Garantir le respect de leur identité et le droit à une éducation bilingue et interculturelle.

– Reconnaître la personnalité juridique de leurs communautés, ainsi que la possession et la propriété communes des terres qu'elles occupent traditionnellement et régler la mise à disposition d'autres terres appropriées et suffisantes pour le développement humain ; aucune d'entre elles ne sera aliénable, transférable ou grevée de privilèges ou de saisies.

– Assurer leur participation à la gestion de leurs ressources naturelles et autres intérêts qui les concernent.

– Les provinces peuvent exercer ces pouvoirs concurremment. »

3.2. Les effets de la Convention 169 de l'OIT

- 14 À compter de cette nouvelle conception des communautés autochtones, de leurs droits et des usages de la terre, l'Argentine a accepté d'approfondir son multiculturalisme, à partir des normes non seulement internes, mais encore et surtout internationales. On peut synthétiser cet ensemble de normes.
- 15 Le premier point concerne la référence aux peuples autochtones ou indigènes. L'acceptation et la reconnaissance dans le domaine juridique des termes et du concept de *peuples autochtones* impliquent la reconnaissance du droit à l'autodétermination culturelle, institutionnelle et économique. Cet ajout à la Constitution nationale implique la reconnaissance juridique d'une autre vision du monde et l'existence des peuples autochtones en tant que sujets de droit collectif. Cette reconnaissance trouve sa source principale dans la Convention 169 de l'OIT et dans la Déclaration des Nations unies sur les droits des autochtones qui élargit la reconnaissance et établit un socle minimum de droits et de garanties, harmonisant cette reconnaissance avec les traités internationaux antérieurs. De plus, à partir de la Convention 169 de 1989, le processus normatif a été renforcé.
- 16 Le deuxième point concerne la propriété collective de la terre. La Constitution nationale dans son article 75 alinéa 17 dispose que le Congrès reconnaît la possession et la propriété de la terre. La Convention 169 de l'OIT établit que l'importance particulière des peuples dans leur relation avec les terres ou territoires doit être respectée, et en particulier les aspects collectifs de cette relation, l'élargissement de l'usage du territoire dans le cas des peuples nomades, la protection et la participation aux ressources naturelles, le droit de ne pas être expulsé⁵.
- 17 Le troisième point touche aux ressources naturelles. Le droit à la terre doit en effet envisager certaines questions liées aux ressources naturelles. Toutefois, le nouveau règlement introduit le terme « territoires » à côté du terme « terres ». Cet ajout n'est pas fortuit, mais constitue un changement radical dans le processus de reconnaissance et d'expansion des droits et garanties liés à la

propriété collective des peuples autochtones en général, en Argentine en particulier. Par exemple, la Convention mentionne

18 « le droit de maintenir et de renforcer leur propre relation spirituelle avec les terres, territoires, eaux, mers côtières et autres ressources qu'ils ont traditionnellement possédés ou occupés et utilisés⁶. »

19 Cela permet d'affirmer que les peuples sont propriétaires des territoires (et non des terres) et qu'ils sont également propriétaires des ressources naturelles, du sous-sol et de l'espace aérien.

20 Au total, si l'on synthétise :

- La Déclaration accorde des droits beaucoup plus larges aux peuples autochtones, de sorte que les droits ne sont pas seulement des droits sur les terres, mais aussi sur les ressources naturelles, et l'État a désormais le devoir de contrôler la façon dont sont régies les terres, les territoires et les ressources, au regard des droits des peuples autochtones.
- Ces nouveaux droits sont d'une grande importance, car ils introduisent des problématiques qui n'avaient pas été envisagées jusqu'à présent : 1/ le caractère nomade ou itinérant de certains peuples et la nécessité d'en tenir compte pour la reconnaissance et la délimitation de leurs territoires ; 2/ le débat sur la question de savoir si les peuples autochtones ont des droits sur les ressources naturelles trouvées sur leurs terres ancestrales et sur la portée de ces droits.

4. Les effets sur l'approche judiciaire dans la province du Chaco

21 La rencontre entre deux philosophies juridiques divergentes, l'une monoculturelle, l'autre multiculturelle, a conduit à produire de nouveaux droits et, par conséquent, à introduire des instances devant les juridictions. Certains juges, de manière certes dispersée, mais cohérente, ont statué en faveur de l'existence de cette nouvelle catégorie de droits. L'analyse de trois décisions rendues dans la province du Chaco, où vit une grande communauté Qom, permet de comprendre les nouvelles exigences qui pèsent désormais sur la conception moderne de la propriété, ainsi que les zones d'incertitude. Au-delà du fond, il s'agit essentiellement de montrer comment s'enracine peu à peu un nouveau droit à la propriété

foncière comme droit humain collectif. Pour commencer, il faut préciser ce que l'on appelle, en droit argentin, les différences entre l'action d'*amparo*, le procès de connaissance et la mesure conservatoire, dont il est question dans ces trois affaires judiciaires.

4.1. L'action d'*amparo*

- 22 L'action d'*amparo* ou recours d'*amparo* est un recours juridique qui permet à toute personne de demander à la justice de protéger ses droits fondamentaux tels que la vie, la santé, l'éducation, l'environnement, la liberté. Cette voie de recours est régie par la Constitution argentine de 1994 et par la loi n° 16.986 du 18 octobre 1967, modifiée par la loi n° 25.675 de 2002 sur la protection de l'environnement. La Constitution argentine reconnaît les droits fondamentaux des citoyens et les garantit contre les violations commises par l'État ou par des particuliers. L'article 43 de la Constitution énonce le droit d'introduire une action en justice pour protéger ces droits. Il précise également que cette action doit être rapide et efficace. La procédure d'*amparo* est donc une procédure accélérée qui peut être présentée à tout moment, même en dehors des heures de bureau ou des jours fériés. Le demandeur n'a pas besoin d'être représenté par un avocat et si la justice accorde l'action d'*amparo*, elle peut ordonner des mesures immédiates pour protéger les droits fondamentaux du demandeur. Le procès dit « de connaissance » est, quant à lui, une procédure judiciaire qui vise à résoudre le litige à partir de l'examen contradictoire des conclusions et des moyens présentés par les parties. Il s'agit d'une procédure longue, utilisée pour régler des différends entre les parties sur des questions plus complexes.

4.2. Le jugement *Leiva, Epifanio, 2013*

- 23 Dans l'affaire *Leiva, Epifanio s/ Action d'amparo* (dossier d'appel, n° 943/12-6-F), Epifanio Leiva intente une action en justice, en tant que membre de la communauté Qom, pour pouvoir réintégrer, à la propriété et possession de la communauté indigène, la parcelle n° 88 du département General Güemes, demandant la restitution des terres occupées en vertu d'un contrat d'achat signé entre particuliers, dont la signature a été certifiée par le juge de

Miraflores. Le défendeur, acquéreur de bonne foi du bien réclamé, a fait valoir que l'achat avait été effectué avec toutes les formalités légales. Dans un premier temps, la restitution de la propriété a été résolue et déclarée réserve autochtone. Il a également été établi que l'État provincial avait l'obligation et le devoir de respecter la réserve. La Cour d'appel a confirmé la condamnation et la décision a fait l'objet d'un appel devant la Cour Supérieure de Justice de la province du Chaco. La Cour d'appel et la Cour supérieure de justice ont tenu compte des considérations suivantes : que M. Epifanio Leiva appartenait au peuple Qom, qu'il était un occupant traditionnel, qu'il avait toute légitimité pour revendiquer les droits des peuples autochtones.

- 24 La Cour supérieure de justice a appliqué les dispositions de la Convention 169 de l'OIT. Elle a déclaré que la décision du juge d'imposer à l'État provincial le respect des lois visant à préserver et à garder les terres autochtones n'est ni arbitraire ni illégale. Elle a fondé sa décision sur la Constitution nationale, la Convention 169 de l'OIT sur les peuples autochtones et tribaux, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, la Convention sur la diversité biologique et les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, et sur le précédent *Ombudsman c/ État national et autre (Province du Chaco) s/ Procès de connaissance, Communauté indigène Toba La Primavera – Navogoh c/ Province de Formosa et autres s/ mesure conservatoire* (C. 528. XLVII, 2/2013).
- 25 Il s'agit de la première décision dans laquelle la Cour supérieure de justice du Chaco recueille ce qui est établi par les traités internationaux qui se réfèrent à la question indigène. Mais cela va encore plus loin et c'est ici que le jugement fait l'objet d'un précédent :

« Le droit des communautés autochtones à la propriété foncière doit être exploré dans le cadre de la propriété communale et de la signification ancestrale de la terre. [...] les droits territoriaux autochtones englobent un concept plus large et différent qui est lié au droit collectif à la survie en tant que peuple organisé, comme condition nécessaire à la reproduction culturelle⁷. »

4.3. Le jugement association La Tigra, 2013

26 Dans l'affaire *Honeri, Timoteo et Villalba Oscar en rep. Association rexat La Tigra c/ Institut de colonisation du Chaco s/ Action d'amparo*, 4 septembre 2013 (dossier n° 8.692), Messieurs Honeri et Villalba, au nom de l'association Rexat La Tigra – défendant le peuple indigène Mocoví –, demandent l'adjudication et l'acte concernant le lot fiscal Parcela 6, subdivision lot 88, Chacra 82, district V, de Colonia Nicolás Avellaneda, département d'O'Higgins, d'une superficie de 46 hectares. Ils allèguent avoir été dépossédés par les colonisateurs de leur territoire ancestral et avoir été expulsés hors du territoire, ce qui aurait détruit leur habitat et leurs possibilités de subsistance, avoir été exclus des territoires traditionnels de chasse et de cueillette et confinés sur des terres que le pouvoir politique appelle des « terres fiscales », c'est-à-dire de petites unités de terre impropres à leur subsistance. La décision qui donne lieu à la demande du peuple Mocoví est basée sur la Convention 169 de l'OIT et une partie de l'article 13, alinéa 2, dans lequel il prévoit que le terme « terres » doit inclure la notion de « territoires », lequel couvre l'ensemble de l'habitat des régions que les peuples concernés occupent ou utilisent d'une manière ou d'une autre. Il est également fondé sur l'article 75 de la Constitution nationale et le Pacte de San José du Costa Rica. La décision s'appuie sur un précédent jurisprudentiel important qui avait été rendu au siège de la Patagonie argentine, où le juge avait déclaré :

« La possession communale des peuples indigènes n'est pas la possession individuelle du Code civil. Par mandat impératif, catégorique et sans équivoque de la Constitution nationale, toute occupation traditionnelle d'une communauté indigène doit être considérée comme un bien commun, même si les membres n'ont pas exercé les actes de possession typiques du droit inférieur⁸. »

27 Le jugement rendu dans l'affaire La Tigra indique, dans sa partie centrale :

« En ce qui concerne la possession indigène de la terre, il convient de noter que la forme qu'elle prend est sensiblement différente de celle réglementée par le Code civil [...]. Bien que la terre soit la base réelle

de la survie, elle n'est pas conçue comme un bien économique, mais comme un espace de vie. [...] Il faut garder à l'esprit que la relation collective particulière des peuples autochtones avec la terre génère également des droits de domaine sur celle-ci, même si son propriétaire – la communauté elle-même – n'a pas de titre de propriété, une notion étrangère à leur droit. Cette réalité particulière ne le rend pas moins protégé par la loi, qui doit garantir son respect afin de préserver l'identité du peuple autochtone. » (Barbagelata, 2010, p. 236-241)

- 28 L'importance de cet arrêt est liée au fait que le juge ne traite pas du droit à la terre comme d'un simple droit, avec certaines particularités, mais comme un droit de l'homme, et précise que le terme « terre » inclut le concept de « territoires », c'est-à-dire la totalité de l'habitat que les autochtones occupent ou utilisent. À son tour, il cite les arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme *Communauté Mayagna c/ État du Nicaragua* et *Sumo Awas Tingni c/ État du Nicaragua* (31/08/2001).

4.4. Le jugement Reserva Grande

- 29 La dernière décision majeure rendue dans la province du Chaco remonte à fin 2019 à propos de l'affaire n° 7467/15, *Organization indigène Mowitob c/ province du Chaco s/ Illégitimité*. Dans cette procédure, l'organisation indigène Mowitob (peuples indigènes Mocoví, Wichí et Tobas) a déposé une demande de reconnaissance de propriété contre l'État de la province du Chaco, afin d'obtenir une ordonnance judiciaire exigeant la délivrance d'une écriture de reconnaissance de propriété communautaire au profit de l'organisation indigène de droit public non étatique Mowitob, pour une seule parcelle indivisible, inaliénable et en un seul titre, reconnaissant et remettant la possession de ladite propriété à l'organisation indigène libre de tout occupant ne faisant pas partie des peuples indigènes. En cas de non-respect de cette ordonnance par le gouvernement provincial, l'organisation indigène demande l'application d'une astreinte et la condamnation de l'État provincial et des fonctionnaires responsables à payer les frais de ce procès.
- 30 Dans son jugement de 2019, le tribunal a décidé que la propriété appartient aux peuples autochtones Mocoví, Wichí et Qom. Il a

ordonné à l'État provincial de rédiger un acte de propriété public attestant que ces trois peuples autochtones sont les propriétaires de la région du Chaco argentin appelée « Reserva Grande », une superficie d'environ 63 800 hectares du département General Güemes dans le Chaco argentin. Cette propriété, du fait qu'elle appartient aux peuples autochtones, relève d'un régime juridique spécial selon lequel la propriété ne peut être divisée ni vendue.

- 31 La décision se fonde, là aussi, sur l'article 75, alinéa 17, de la Constitution nationale argentine, sur la Convention 169 de l'OIT, sur la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, dont la force normative est donnée en ce qu'elle reconnaît que les droits de l'homme établis dans les instruments internationaux ont force de loi, selon la hiérarchie des normes applicables en Argentine. Par conséquent, le tribunal a décidé d'accorder une mesure conservatoire nouvelle et, par conséquent, d'ordonner à la province du Chaco de suspendre les actes et les procédures administratifs qui ont pour but d'affecter et/ou d'attribuer des terres aux créoles dans la propriété indigène appelée Reserva Grande, jusqu'à ce que l'action principale ait été vidée au fond. L'arrêt, contrairement aux précédents cités, ne résout pas la question de fond.

5. Un nouveau droit de propriété ?

- 32 Ces affaires judiciaires posent la question de la naissance d'un nouveau type de droit de propriété. Il s'agit d'une catégorie nouvelle dans la mesure où elle présente des caractéristiques différentes du droit de propriété du Code civil argentin :
- La possession et la propriété sont confondues, sans aucune exigence d'usucapion. La Constitution nationale elle-même, à l'article 75, alinéa 17, établit la confusion. La possession est assimilée à la propriété, ou plus exactement, il est reconnu que la possession des terres par les autochtones implique la propriété du bien foncier.
 - Alors que le droit réel de la propriété privée, réglementée par le Code civil, implique le droit de disposer, de transmettre ou de prévoir des servitudes, ce nouveau droit fait obstacle à ces droits.

- Le droit est collectif et non individuel, ce qui signifie que : a) le titulaire du droit subjectif est un collectif de personnes ; b) l'exercice du droit porte sur un bien collectif ; c) l'intérêt du sujet de droit est de nature collective. Puisque la Constitution nationale mentionne « la propriété communautaire des terres qu'ils occupent traditionnellement », on en déduit qu'elle reconnaît que la propriété est communautaire, c'est-à-dire qu'une nouvelle forme de propriété est établie collective ; mais cette propriété doit être considérée comme un droit de l'homme et non comme un droit réel.
- En ce qui concerne les ressources naturelles, une consultation préalable ou une autorisation expresse est requise pour toute intervention ou utilisation. En ce sens, l'article 15 de la Convention 169 établit :

« 1. Les droits des peuples concernés par les ressources naturelles présentes sur leurs terres doivent être spécialement protégés. Ces droits comprennent le droit de ces peuples de participer à l'utilisation, à l'administration et à la conservation desdites ressources. 2. Au cas où l'État serait propriétaire des ressources minérales ou du sous-sol, ou aurait des droits sur d'autres ressources existant sur le territoire, les gouvernements établiront ou maintiendront des procédures en vue de consulter les peuples concernés, afin de déterminer si les intérêts de ces peuples seraient lésés, et dans quelle mesure, avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources existant sur leurs terres⁹. »

- 33 Les peuples concernés devraient participer chaque fois que possible aux bénéfices de ces activités et recevoir une juste compensation pour tout dommage qu'ils pourraient subir du fait de ces activités (extraction minière, agriculture extensive, déforestation, etc.).
- Le droit s'exerce à l'égard du *territoire*, ce qui inclut la terre, les ressources en eau, les minéraux, la flore, la faune, l'espace aérien et, plus généralement, l'ensemble de l'écosystème.
- 34 Il s'agit, une nouvelle fois, des effets de la Convention 169 de l'OIT, dans laquelle le terme « terre » renvoie au concept de « territoire », qui englobe l'ensemble de l'habitat que les peuples intéressés occupent ou utilisent d'une manière ou d'une autre (article 13.2), des effets de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (articles 25 et 26) qui établit le droit des communautés

humaines à maintenir et à renforcer leur propre relation spirituelle avec les terres, territoires, eaux, mers côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, le droit de posséder, d'utiliser, de développer et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent en vertu de la propriété traditionnelle.

Conclusion

35 La réforme de la Constitution de 1994, à propos des droits de propriété des peuples autochtones, a permis d'incorporer des principes issus des normes internationales, ce qui, dans un premier temps, a généré une désarticulation et une incertitude : ces principes, en effet, n'étaient pas des normes opératoires. Toutefois, à l'occasion d'instances intentées dans les provinces, en l'occurrence la province du Chaco, ces principes ont été considérés comme de nouveaux droits que les juges ont décidé de mettre en œuvre au profit des peuples autochtones. En d'autres mots, les diverses décisions, parmi lesquelles Leiva Epifanio, association La Tigra et Reserva Grande, ont permis aux communautés d'obtenir un nouveau droit de propriété, un droit communautaire, un droit confondu avec la possession immémoriale, un droit non susceptible d'aliénation, un droit qui incluait des droits sur les ressources et sur l'ensemble de la nature, un droit conçu comme un droit de l'homme. On peut en conclure qu'il existe, en Argentine, une nouvelle catégorie de droits de propriété qui ne fait l'objet d'aucun texte législatif ou réglementaire, mais qui existe et qui est opérationnel, de façon extraordinaire, par la jurisprudence. C'est le juge qui lui donne vie par le biais de la Constitution nationale, la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des droits des peuples autochtones. Enfin, il convient de souligner l'inconvénient juridique pratique de la question théorique : l'efficacité de la loi est compromise puisque seuls ceux qui ont un accès effectif à la justice (c'est-à-dire les groupes autochtones constitués en association et disposant de ressources économiques et humaines) peuvent faire valoir leurs droits puisque, sans ces moyens, il ne leur serait pas possible de saisir les tribunaux pour la reconnaissance effective du droit collectif à la terre dont ils jouissent en principe. En raison de ce problème d'effectivité de la loi, les conflits quotidiens auxquels sont soumis les peuples indigènes par

rapport à leurs terres restent dans une sorte de zone grise : non résolus, passés sous silence, voire inexistantes aux yeux des autorités de l'État ; le juge a fait un pas en faveur des communautés indigènes ; mais, indirectement, cela révèle l'inégalité dans laquelle vivent les peuples autochtones en Argentine.

BIBLIOGRAPHIE

- G. ARAUZ, R. ELLIS, « Pueblo indígena tsimane », *Pueblos indígenas y Originarios de Bolivia*, vol. 3. La Paz, Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación, Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, Programa Indígena-PNUD, 1998, URL : https://books.google.fr/books/about/Pueblo_ind%C3%ADgena_tsimane.html?id=PBoTAQAIAAJ&redir_esc=y
- M. E. Barbagelata. « Indígenas, tierra y justicia », *Pueblos Originarios y Acceso a la Justicia. Jornada Pueblos Originarios y Acceso a la Justicia en la Región del Gran Chaco*, Buenos Aires, Ediciones El Mono Armado, 2010, p. 237-238, URL : <http://www.apdhargentina.org.ar/piajal/publicaciones/pueblos.originarios.pdf>.
- N. BOBBIO, *Théorie générale du droit*, Bogotá, Temis, 2005.
- J. BRAUNSTEIN, M. NORMA, *Liderazgo, representatividad y control social en el Gran Chaco*, Corrientes, Editorial Universitaria de la Universidad Nacional del Nordeste, 2008
- J. A. GONZALO, *La cultura material de los mataco (mataco-maka) del Chaco central : clasificación y análisis descriptivo comparativo*, Buenos Aires, Centro Argentino de Etnología Americana, 1998.
- G. GORDILLO, « En el Gran Chaco. Antropología e historias », Buenos Aires, Prometeo, 2006, URL : https://www.academia.edu/16704806/En_el_Gran_Chaco_Antropolog%C3%ADas_e_historias.
- G. GORDILLO, « Historias de los Bosques que alguna vez fueron pastizales », *Población & Sociedad*, 2010, 17, p. 59-79, URL : https://www.academia.edu/315882/La_producci%C3%B3n_de_la_naturaleza.
- T. INGOLD, *The Perception of the Environment. Essays on Livelihood, Dwelling and Skill*, Londres, New York, Routledge, 2000.
- J. PALMER, *La buena voluntad wichí. Una espiritualidad indígena*, Formosa, Salta, FAPCD, 2005, URL : <https://www.apcd.org.ar/wp-content/uploads/pdf/territorioydialogointercultural/LaBuenaVoluntadWichi.pdf>.
- A. ROA BASTOS, « Paraguay: una sociedad multicultural y pluriétnica en la constituyente. Tentación de una Utopía », *Jornada Pueblos Originarios y Acceso a la Justicia en la Región del Gran Chaco*, Buenos Aires, Ediciones El Mono Armado, 2010,

p. 145-154, URL : <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/24pueblosoriginarios.pdf>.

B. SANTOS, *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*, New York, London, Routledge, 1995.

M. ZALAZAR, S. LÓPEZ PEREYRA, *Peuple Qom : le nouveau Code civil face la Convention 169 de l'OIT* [en ligne], Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas; Cum Laude, 2019, p. 85-101, URL : <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/119638>.

Sources

Assemblée générale des Nations unies, 2007, « Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », URL : https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Code civil et commercial de la nation argentine, 2014, Argentina, URL : <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

Constitution de la nation argentine, 1853, Santa Fe, <http://www.saij.gob.ar/nacional-constitucion-nacion-argentina-lnn0002665-1853-05-01/123456789-0abc-defg-g56-62000ncanyel>

Constitution de la nation argentine, 1994, Buenos Aires, URL : <https://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php>

INDEC, « Enquête Complémentaire sur les Peuples Autochtones » (ECPI) 2004-2005 *Complémentaire au Recensement national de la Population, des Ménages et de l'Habitat* 2001, 2005.

Cour supérieure de justice du Chaco, « Hornero, Timoteo et Villalba Oscar in Rep. Asociación Rexat », *La Tigra c/ Instituto de Colonización del Chaco s/ Acción de Amparo*, dossier n° 8 692, Chaco, Argentine, 2013.

Cour supérieure de justice du Chaco, *Leiva, Epifanio s/ Amparo Action*, dossier d'appel n° 943/12-6-F, Chaco, Argentine, 2013.

Cour supérieure de justice du Chaco, CH. s/ *Mesure conservatoire*, dossier n° 8356/16, Reserva Grande, Chaco, Argentine, 2017.

Organisation internationale du travail (OIT), *Convention (n° 169), relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 1989, URL : <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

R. STAVENHAGEN, Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, document des Nations unies A/HRC/4/32, 27, 2007, URL : <https://digitallibrary.un.org/record/619454?ln=fr>

NOTES

- 1 Je traduis.
- 2 CIDH, Affaire de la communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua, §148, 149 et 151. Les traductions des décisions de justice sont l'œuvre de l'auteur.
- 3 Exceptions préliminaires, Fond, Réparations et Frais, arrêt du 28 novembre 2007, série C n° 172, §153.
- 4 Constitution de la nation argentine de 1853, article 67, alinéa 15.
- 5 Convention 169 de l'OIT, articles 13, 14, 15, 16.
- 6 Convention 169 de l'OIT.
- 7 Leiva, Epifanio s/ Amparo Action (dossier d'appel, n° 943/12-6-F)
- 8 Alfredo et autres c/ Villa, Herminia et autres s/ Eviction, Expte. n° 14012-238-99 du Tribunal civil et commercial n° 5 du 3^e district judiciaire de Río Negro
- 9 Convention 169 de l'OIT

RÉSUMÉS

Français

En Argentine, trente-et-un peuples indigènes ont été recensés. Leur conception des droits de propriété sur la terre diffère radicalement de la conception moderne inscrite dans le Code civil argentin. Or, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (1994), les autorités politiques, administratives et judiciaires assument peu à peu le multiculturalisme juridique. Cet article s'appuie sur trois exemples de décisions juridictionnelles dans la province du Chaco pour montrer comment les juges ont façonné, eux-mêmes, les contours d'un nouveau droit de propriété, conforme aux conceptions du peuple Qom, en s'appuyant sur la norme constitutionnelle et sur diverses normes internationales : la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des autochtones.

English

In Argentina, thirty-one indigenous peoples have been identified. Their conception of property rights over land differs radically from the modern conception enshrined in the Argentine Civil Code. However, since the entry into force of the new Constitution (1994), the political, administrative and

judicial authorities have gradually taken on legal multiculturalism. This article uses three examples of court decisions in the province of Chaco to show how the judges themselves have shaped the contours of a new property right, in line with the conceptions of the Qom people, based on the constitutional norm and various international standards: ILO Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People.

INDEX

Mots-clés

Argentine, multiculturalisme juridique, peuples autochtones, droit de propriété, Convention 169 de l'OIT

Keywords

Argentina, legal multiculturalism, indigenous peoples, property rights, ILO Convention 169

AUTEUR

María Luisa Zalazar

Professeure de philosophie du droit, universidad nacional del Nordeste (Argentine)