

L'identité de la personne humaine

Étude de droit français et de droit comparé



Sous la direction de J. POUSSON-PETIT



BRUYLANT

L'IDENTITÉ
DE LA PERSONNE HUMAINE

Étude de droit français et de droit comparé

SOUS LA DIRECTION DE

J. POUSSON-PETIT

PROFESSEUR DE DROIT PRIVÉ
À L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE,
DIRECTRICE DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

BRUYLANT

BRUXELLES

2 0 0 2

SOMMAIRE

Liste des auteurs

Sommaire

Fleurs de papier, fleurs de tombeaux, par Alain BERNARD

Dimensions philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité,
par Louis-Léon CHRISTIANS

Identification sociale, personnalisation et processus identitaires, par Gérard
NEYRAND

PREMIERE PARTIE

L'identité imposée

TITRE 1^{er}. — Les modes classiques d'identification : l'état civil

CHAPITRE 1^{er}. — LES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS

SECTION 1^{re}. — *Etat ou autorités confessionnelles?*

L'identité — historique, par Germain SICARD

L'identité de la personne physique en Italie entre Concordats et laïcité, par
Benito PROIETTO

Aspects de l'état civil à travers les relations des autorités civiles et confessionnelles au Liban, par Roula EL-HUSSEINI BEGDACHE et Alexandre SAKR

L'état civil en Algérie, par Nadia YOUNSI-HADDAD

SECTION 2. — *Personne ou groupe?*

L'identification du groupe familial au Japon, par Jacqueline POUSSON-PETIT

CHAPITRE 2. — LES LIMITES

SECTION 1^{re}. — *Les insuffisances et les incohérences*

L'identité des personnes physiques en Afrique subsaharienne francophone, par
Florence LAROCHE-GISSEROT

L'inadaptation du système de l'état civil dans les pays d'Afrique noire, par
Marie-Louise ABOMO

La problématique des personnes sans état civil en Guyane Française, par
Edouard PARUTA et Alain POUSSON

Absence d'état civil, par Solange MIRABAIL

Un illogisme? l'état-civil fondement de la qualité d'héritier, par Jean PICARD

SECTION 2. — *L'incomplétude de l'état civil*

L'identité de la personne humaine au Royaume-Uni, par Jacqueline
POUSSON-PETIT

TITRE 2. — **Les nouveaux modes d'identification**

CHAPITRE 1^{er}. — L'IDENTIFICATION INFORMATIQUE

L'identité informatisée, par Didier POUSSON

CHAPITRE 2. — L'IDENTIFICATION PAR LES GÈNES

Empreintes génétiques et filiation : les discordances et les incohérences juridiques, par Jacqueline POUSSON-PETIT

L'identification biologique en matière pénale, par Elisabeth LAJARTHE

SECONDE PARTIE

L'identité choisie

TITRE 1^{er}. — **L'emprise de la personne sur ses éléments d'identification**

CHAPITRE 1^{er}. — ELÉMENTS POUR LESQUELS LA LIBERTÉ A TOUJOURS EXISTÉ

La nationalité, droit objectif ou droit subjectif?, par Sophie PENNARUN

Domicile et identité, par Alain POUSSON

L'identité professionnelle, par Alain POUSSON

CHAPITRE 2. — ELÉMENTS POUR LESQUELS LA LIBERTÉ A ÉTÉ NOUVELLEMENT
CONQUISE

SECTION 1^{re}. — *Les nom et prénom*

Le choix du prénom et du nom en droit français, par Jean-Jacques
LEMOULAND

La réglementation du nom en République Fédérale d'Allemagne, par Françoise
FURKEL

L'identité de la personne physique selon le droit hellénique, par Pénélope
AGALLOPOULOU

SECTION 2. — *Le sexe*

L'identité de la femme au XIX^e siècle à travers le prisme du droit fiscal, par
Renaud CARRIER

Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens, par Jacqueline
POUSSON-PETIT

La situation juridique du transsexuel en République Fédérale d'Allemagne, par
Françoise FURKEL

SECTION 3. — *Le droit pour l'enfant de connaître ses origines et le droit d'établir sa filiation*

Allemagne : le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à propos des « casiers à bébé »), par EVA WENNER

L'identité de la personne physique et la notion d'accouchement sous X en Guyane, par ALEXANDRA ACHILLE

Le nouveau droit de la filiation au Brésil : la dimension affective des relations familiales, par MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

TITRE 2. — **Les revendications identitaires**

La référence identitaire dans la protection internationale des peuples autochtones, par GHISLAIN OTIS

Constitution et culture : le droit des Indiens, par ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

L'identité Kanake en Nouvelle-Calédonie, par GUY AGNIEL

Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports ?, par MARIE-NOËL CAPOGNA

Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe. Une reconnaissance conditionnelle, par MARIE-CLAIRE FOBLETS

Conclusion, par JACQUELINE POUSSON-PETIT

Table des matières

CONSTITUTION ET CULTURE : LE DROIT DES INDIENS

PAR

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

PROFESSEUR À L'UNISINOS ET À L'UCS

ET

MARCELO BECKHAUSEN

PROFESSEUR À L'UNISINOS / PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE

Lorsque Cabral est arrivé à Salvador, Bahia, en 1500, la population autochtone de Pindorama (nom du pays en tupi-guarani) était partagée entre plus de 1 000 groupements sociaux, c'est-à-dire environ 5 millions de personnes. Aujourd'hui, les indiens du Brésil ne sont plus que 350 000 répartis entre 218 groupements sociaux, auxquels il faut ajouter 55 groupements qui vivent encore en situation d'isolement ¹.

Les gouvernements brésiliens, depuis l'indépendance au début du XIX^e siècle (1822), se sont efforcés de réaliser l'intégration progressive et permanente de la population autochtone à la culture européenne; le processus d'assimilation semblait inévitable. Moins poussée qu'auparavant, leur action est aujourd'hui orientée vers la préparation de certains individus à pouvoir survivre dans un monde qui ne cesse de grandir, dont la globalisation fait interagir une diversité culturelle qui défie toute l'humanité.

La politique intégrationniste, sous le couvert de la protection des indiens, a fortement contribué à leur disparition, les indiens ayant été assimilés à des enfants, incapables de comprendre et d'accomplir les actes de la vie civile. Cela les a empêchés *de facto* de faire valoir le droit de conserver leur identité culturelle. Sous la protection de l'État, ils ont été victimes des gouvernements dictatoriaux successifs

¹ Voir le site internet de la Fondation national de l'Indien : www.funai.gov.br

qui ont exploité les richesses de leur territoire ou, pire encore, les ont déplacés afin de permettre l'avancée de la civilisation occidentale toujours en quête de nouvelles ressources naturelles. Une telle politique a également permis la dissémination de l'image négative de l'indien paresseux et buveur dont l'attachement à la culture d'origine interdit l'accès aux bienfaits de la civilisation.

Actuellement les brésiliens commencent à comprendre l'importance du respect de la diversité culturelle. Le Brésil est un pays métis. Le peuple brésilien a été formé par la contribution de plusieurs cultures : des indiens, des africains et des immigrants européens. En ce qui concerne les indiens, le travail des organisations non gouvernementales a permis la réalisation d'études scientifiques qui indiquent une progression démographique de la population, en moyenne 3,5 % par an, supérieure à la moyenne de la population brésilienne, qui n'est que de 1,6 % par an². Désormais, il faut réfléchir sur le droit à la diversité culturelle, notamment à ses possibles conséquences juridiques et politiques.

Enfin, le droit à la diversité culturelle peut être une garantie constitutionnelle pour certains groupements sociaux qui permettrait la préservation et la protection de leurs traditions, croyances et coutumes face au mouvement de l'inter-culturalisation. Il s'agit bien d'une liberté individuelle, mais qui fait appel à la promotion d'une culture et, par conséquent, à une action positive de la part de l'Etat. Dans une telle perspective, il faut bien reconnaître que le droit à la diversité culturelle des indiens s'inscrit dans la Constitution et n'exclut nullement les droits des autres groupements sociaux, tels que les noirs, les gitans ou encore les immigrants, qui revendiquent tous la reconnaissance de leur diversité culturelle à partir du respect du principe républicain de l'égalité des personnes.

Le mouvement indien de pression parlementaire a porté ses fruits dans la mesure où il a provoqué la rédaction de l'article 231 de la Constitution brésilienne de 1988 (CF88) qui explicite le droit des indiens à leur propre organisation sociale, leurs coutumes, langues, croyances et traditions. Ils ont également un droit originaire à la terre qu'ils occupent traditionnellement. Il s'agit là d'un revirement de la politique gouvernementale qui se manifeste par l'abandon de la conception intégrationniste et l'acceptation de l'identité

² Voir le site internet de l'Institut socioambiental : www.isa.org.br

culturelle des indiens. Un tel changement de politique doit également être incorporé à la pratique judiciaire afin d'assurer son effectivité par une action en justice.

§ 1^{er}. – Le droit constitutionnel à l'identité culturelle des indiens

L'indépendance avait provoqué un changement de politique à l'égard des indiens, de même la Constitution brésilienne de 1988 représente une rupture avec la politique d'intégration des indiens à la société nationale et instaure un nouveau rapport entre la communauté indienne et l'Etat. Pour bien comprendre l'importance d'un tel changement de politique il faut approfondir les contradictions encore existantes entre une Constitution qui reconnaît l'identité culturelle des indiens et l'ensemble de la législation indienniste élaborée dans un but intégrationniste.

A. – LA POLITIQUE D'INTÉGRATION À LA SOCIÉTÉ NATIONALE

Lors de l'indépendance la Constitution de l'Empire de 1824 a soigneusement évité de traiter de la question indienne. Il faut savoir que le colonisateur portugais avait entamé une politique belliqueuse contre les indiens dont le but était l'application du régime de servitude. L'indépendance a suscité l'approfondissement de l'identité culturelle brésilienne, le métissage avec la population indienne obligeant un changement urgent de politique. Ainsi, la loi du 27 octobre 1831 a annulé les Lettres Royales de 1808 qui avaient déclaré la guerre contre les indiens de São Paulo et Minas Gerais, et autorisé l'esclavage des prisonniers. Cette loi, certes libératrice, en voulant protéger les indiens contre les abus de leurs libertés, les a déclarés orphelins sous la garde de la justice. Elle leur a accordé la condition d'orphelins dans le but de protéger leurs libertés jusqu'à l'intégration pacifique à la société brésilienne. Nous trouvons ici les bases d'une politique d'assimilation culturelle qui partant du constat de l'inévitable fin du mode de vie des indiens justifie

l'obligation pour l'Etat de les aider dans le processus d'intégration à la civilisation occidentale ³.

Pour le gouvernement brésilien il n'était pas question d'admettre, pour les indiens devenus esclaves, le retour à la vie communautaire et à leur culture. Les communautés indiennes étant en voie de disparition, il fallait permettre aux indiens d'apprendre la culture occidentale pour préserver leur existence.

Le mouvement républicain, dès la Constitution de 1891, n'a pas beaucoup changé la relation entre l'Etat et les indiens du Brésil. Certes, le mouvement abolitionniste d'opposition à la continuité du régime d'esclavage des noirs exigeait une politique d'émancipation des indiens. Cependant, une telle émancipation de l'indien était compatible avec la politique intégrationniste qui a persisté jusqu'à l'insertion dans le Code civil brésilien de 1916 de l'indien parmi les personnes à capacité civile réduite, à l'exemple des enfants (art. 6). En effet, le Code prévoyait la promulgation d'une législation spéciale qui devait réglementer le régime de tutelle des indiens jusqu'à leur intégration à la civilisation brésilienne.

Malgré les dispositions constitutionnelles qui reconnaissent l'identité culturelle de l'indien, le nouveau Code civil brésilien qui vient d'être promulgué en janvier 2002, maintient la condition d'incapacité relative des indiens pour les actes de la vie civile, parce qu'ils sont incapables de comprendre les lois et les coutumes de la société nationale. Ils doivent donc rester sous la protection de l'Etat par le biais du régime de tutelle.

Néanmoins, il faut préciser que la première conséquence de la législation civiliste républicaine fut l'abandon du régime de tutelle des orphelins qui a été pratiqué au Brésil durant le XIX^e siècle. Désormais, il est question de réglementer un régime spécial de tutelle, sur base du droit public, l'Etat brésilien assume l'obligation d'organiser un service public de protection des indiens. Ainsi, la condition spéciale pour pratiquer les actes de la vie civile qui a été accordée aux indiens ne doit point représenter une diminution de leur citoyenneté. Le droit constitutionnel a préservé leur identité culturelle qui non seulement continue d'exister mais est protégée aussi par le régime de tutelle de l'Etat.

³ Carlos Frederico MARÉS DE SOUZA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o Direito*, Curitiba, Juruá, 1998, p. 93.

Le décret n° 5.484, du 27 juillet 1928, a réglementé la situation des indiens nés sur le territoire brésilien. L'article premier a mis un terme au débat relatif au régime de tutelle auquel les indiens étaient soumis en déclarant expressément l'émancipation du régime de tutelle des orphelins de tous les indiens et ceci sans considérer leur degré d'assimilation à la civilisation. En effet, le régime de tutelle publique était accordé par l'Etat brésilien qui l'exerçait à travers le Service de Protection aux Indiens (SPI) créé en 1910 et, initialement dirigé par un militaire humaniste, le Maréchal Cândido Rondon.

Mais, le SPI, dans les années 50, a succombé sous la corruption, surtout en ce qui concernait l'administration des terres des indiens. L'octroi d'une « Attestation d'inexistence de l'indien » entraînait non seulement l'usurpation de la terre, mais aussi l'extermination progressive des indiens. La pression politique émanant surtout des anthropologues a conduit, pendant le régime dictatorial militaire, à une reformulation administrative jusqu'à la création de la Fondation nationale de l'indien (FUNAI), en 1967. Toutefois, aujourd'hui encore, les relations entre l'Etat brésilien et les indiens sont régies par le Statut de l'indien, la loi n° 6.001, du 19 décembre 1973.

Le Statut de l'indien peut être interprété comme un retour à la conception de la tutelle des orphelins du XIX^e siècle, dans la mesure où il permet l'application des principes du droit commun, c'est-à-dire du Code civil et rétablit l'idée de l'émancipation de l'indien suite à la réalisation d'un certain nombre de conditions : l'âge, plus de 21 ans, la connaissance de la langue portugaise, l'habilitation pour l'exercice d'une fonction et la compréhension minimale des usages et coutumes nationaux. L'émancipation serait donc le but à atteindre par la politique d'intégration des indiens à la culture nationale.

B. — LA RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ CULTURELLE DES INDIENS

La transition pour la démocratie qui a pris le pas sur le régime dictatorial militaire a retenu comme but majeur l'élaboration d'une

nouvelle Constitution, qui non seulement, devait satisfaire la volonté du peuple brésilien d'avoir un gouvernement démocratique, mais surtout devait permettre la fixation des objectifs et priorités de l'Etat. Le processus constituant a été suivi par les groupes de pression qui se sont organisés pour faire inscrire dans le nouveau texte constitutionnel leur revendication collective. Le Brésil est un pays pluriculturel devant assurer à chaque groupement social le droit de préserver et de manifester sa diversité culturelle par sa musique, sa religion, sa langue et ses coutumes. L'Etat brésilien doit désormais garantir l'exercice des droits culturels des groupements sociaux et protéger la manifestation de la culture tant des indiens et des afro-brésiliens que des autres groupes qui font partie intégrante du processus de formation de la nation brésilienne (art. 215, § 1 - , CF88).

La Constitution brésilienne de 1988 ouvre un nouveau chapitre relatif aux relations entre l'Etat et les indiens. Jusqu'à présent l'Etat, toujours dans le but de protéger les individus, a voulu forcer l'intégration culturelle; la meilleure solution pour les indiens étant d'abandonner leur propre culture pour « vivre la civilisation ». Depuis 1988, les indiens brésiliens ont le droit de rester indiens, d'avoir leur propre organisation sociale, de garder leurs coutumes et traditions, enfin de vivre leur identité culturelle (art. 231, CF88).

Ainsi, la reconnaissance du droit des indiens à l'identité culturelle oblige un changement substantiel de la politique gouvernementale. Dorénavant, l'indien ne doit plus être soumis à un régime de tutelle semblable à celui applicable aux orphelins, la société brésilienne doit accepter qu'il exprime sa volonté selon ses coutumes et ses traditions. La tutelle est toujours présente mais est désormais régie par les principes de droit public afin d'assurer aux indiens une protection effective de l'Etat.

Il fallait adopter une nouvelle loi pour donner une orientation différente aux relations entre l'Etat et les indiens, un nouveau Statut de l'indien. Un projet de loi n° 2.057 de 1991 est toujours en discussion au Congrès national, celui-ci reconnaît de nouveaux droits aux indiens, tels que le droit d'auteur pour protéger leurs connaissances traditionnelles, le droit de représentation selon leurs coutumes, de même que la participation aux instances officielles de décision sur les ressources naturelles dont ils disposent. Cependant, malgré la

difficulté pour faire approuver le nouveau Statut de l'indien, quelques changements législatifs indiquent déjà l'abandon progressif de la politique intégrationniste. En matière de santé publique, la loi n° 9.836 du 23 septembre 1999 impose à l'Etat de considérer la réalité locale et les spécificités de la culture indienne afin d'adopter un modèle qui puisse tenir compte de questions aussi importantes que la nutrition, l'habitation, l'environnement, la délimitation des terres ou l'éducation sanitaire.

En matière d'éducation, la contradiction entre la nouvelle Constitution qui reconnaît le droit à la diversité culturelle et le Statut de l'indien, encore en vigueur, est plus frappante. Pour le Statut de 1973 l'éducation de l'indien sera « *orientée vers l'intégration dans la communauté nationale par un processus progressif de compréhension des problèmes et valeurs de la société* ». Depuis les années 70, pendant le gouvernement dictatorial, l'enseignement bilingue regroupait la langue maternelle et le portugais, mais au fur et à mesure que le groupe d'indiens assimilait la culture occidentale, il perdait sa langue d'origine. Ainsi, on peut estimer qu'au Brésil, il y a 500 ans, les indiens parlaient plus de 1300 langues, aujourd'hui elles ne sont plus que 180, sans considérer les indiens encore isolés du contact avec la civilisation nationale.

La préservation de la langue représente une importante revendication identitaire des indiens. La Constitution de 1988 a compris la nécessité d'assurer aux communautés indiennes l'utilisation de leur langue maternelle, ainsi que leur propre processus d'enseignement (art. n° 210, CF88). Le Ministère de l'Éducation et de la Culture a déjà réglementé l'éducation des indiens dans le respect de la diversité culturelle ; pour l'organisation de l'école indienne on doit considérer la participation de la communauté non seulement à la gestion, mais aussi à la définition de la structure sociale, des pratiques culturelles et religieuses, des méthodes d'enseignement, des activités économiques et de l'usage des matériaux adaptés au contexte socioculturel de la communauté indienne.

L'approfondissement de l'analyse de la contradiction entre la législation indienne orientée vers l'intégration de l'indien à la communauté nationale et la Constitution qui reconnaît aux indiens le droit à l'identité nationale questionne la justice dont la pratique est également remise en question.

§ 2. – Les indiens devant la Justice

Le droit à la diversité culturelle pose à la justice brésilienne de nouvelles interrogations. Tout d'abord la nécessité de révision d'une pratique jurisprudentielle représentative de la politique intégrationniste dont l'abandon est imposé par l'avènement de la Constitution de 1988. Au delà des questions formelles des conflits de compétence entre la justice fédérale et la justice des Etats membres, la reconnaissance constitutionnelle de l'identité culturelle de l'indien favorise la revendication de certains droits, dont celui de l'attribution des terres indiennes.

A. – UNE PRATIQUE JURISPRUDENTIELLE ORIENTÉE VERS L'INTÉGRATION À LA COMMUNAUTÉ NATIONALE

L'identité culturelle de l'indien est toujours présente dans la procédure judiciaire. La première question pour la justice est de connaître son degré d'intégration sociale afin de lui appliquer les avantages conférés par le Statut de l'indien. Néanmoins, la tendance des décisions de justice est d'appliquer les normes statutaires qui concernent l'émancipation de l'indien, et qui conduisent à se demander si l'individu en question peut comprendre la culture nationale, s'il parle la langue portugaise, s'il peut avoir une fonction utile pour la société brésilienne : critères déterminants pour la perte progressive de l'identité culturelle indienne. En effet, pour la justice brésilienne si l'indien a été assimilé, acculturé, intégré à la société nationale il sera considéré responsable de ses actes.

La recherche judiciaire de l'identité culturelle de l'indien a toujours pour base la définition de l'indien donnée par le Statut de 1973 : « *l'indien est tout individu d'origine précolombienne qui s'identifie par son appartenance à un groupe ethnique dont les caractéristiques culturelles sont différentes de celles de la société nationale* (art. 3). » Or, une telle définition n'autorise pas la justice à rechercher dans le degré d'intégration de l'individu à la société nationale un critère de perte de son identité culturelle. Cependant, souvent la lecture de cet article fait apparaître trois catégories d'indiens : l'indien isolé, sans aucun contact, l'indien en voie d'intégration et l'indien déjà intégré, tout à fait incorporé à la communauté nationale et ayant acquis le plein exercice de ses droits civiques, même s'il conserve les usages,

coutumes et traditions caractéristiques de sa culture indienne (art. 4).

La reconnaissance de l'identité culturelle de l'indien est importante pour savoir si cet individu peut comprendre une éventuelle sanction judiciaire. En effet, le Code pénal brésilien de 1940 ne mentionne nullement les indiens, mais son article 22 écarte la sanction en faveur de celui qui, victime d'une maladie ou d'un développement mental incomplet, ne peut comprendre le caractère criminel de l'acte qui lui est imputé. La pratique judiciaire qui consiste à considérer les indiens non responsables de leurs actes par une sorte d'« imperfection » culturelle est tout à fait révélatrice non seulement des préjugés dont les indiens sont victimes, mais surtout d'une volonté délibérée de les intégrer de force à la société nationale par la négation de leur identité culturelle ⁴.

Plus grave encore fut l'expérience du décret n° 5.484 de 1928 qui en quelque sorte a pu justifier l'absence de référence à l'indien dans le Code pénal; les crimes commis par les indiens relevaient d'une législation spéciale qui créa une juridiction soi disant administrative, sous la responsabilité du Service de Protection de l'Indien – SPI, sans aucun contrôle de la justice. Ainsi, furent créées des Colonies correctionnelles sous l'autorité d'un inspecteur des indiens qui pouvait prononcer un enfermement d'une durée inférieure à 5 ans. Toujours à partir du critère du degré d'intégration à la société nationale, les indiens qui comptaient plus de 5 ans de relation avec la civilisation étaient soumis à la justice de l'État, mais la sanction était disciplinaire et réduite de moitié et son application était confiée aux Colonies correctionnelles.

La violation constante des droits élémentaires de l'homme dans ces Colonies correctionnelles a été maintes fois dénoncée par la société brésilienne, notamment par la communauté scientifique; même sous le régime dictatorial des militaires, le SPI et les Colonies exercèrent une l'oppression dont les indiens furent quotidiennement victimes. Le Statut de l'indien de 1973, tout en éliminant la juridiction pénale administrative, édicta un traitement spécifique pour les sanctions des infractions commises par les indiens : « *l'application, par le groupe, en accord avec leurs propres institutions, de la sanction pénale ou disciplinaire contre ses membres.* » (art. 57).

⁴ Carlos Frederico MARÉS DE SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 111.

Il s'agit de traiter ici de la question délicate d'une juridiction indienne ⁵ fondée sur sa propre culture, organisation sociale et tradition. La Constitution et le Statut de l'indien annoncent la reconnaissance des normes internes des sociétés indiennes par l'Etat brésilien et l'établissement de nouveaux rapports afin de protéger l'identité culturelle d'un peuple ⁶.

Malgré la disposition statutaire qui soumet la généralité des indiens à la compétence d'une juridiction indienne, les tribunaux brésiliens insistent sur la capacité des indiens à comprendre la culture nationale et les assujettissent aux décisions du pouvoir judiciaire. Mais, existent des conflits de compétence entre la justice fédérale et la justice des Etats membres pour connaître les affaires qui concernent les indiens. En effet, la Constitution prévoit que la justice fédérale est compétente pour connaître des conflits ayant trait aux droits des indiens (art. n° 109, XI, CF88). Ceci concerne tout d'abord la préservation de leur organisation sociale, coutumes et traditions, mais aussi le droit originaire à la terre qu'ils occupent. Dans cette perspective, certains tribunaux de la justice fédérale ont considéré que dans tous les crimes contre les indiens, ou encore entre les indiens, leur identité culturelle était en cause et que par voie de conséquence la compétence judiciaire leur appartenait.

Néanmoins, la justice de chaque Etat fédéré a entendu garder sa compétence pour juger toutes les infractions de droit commun, de sorte que si les droits des indiens n'ont pas été directement impliqués, par exemple, le crime d'homicide perpétré par un indien, ou dont un indien aurait été victime, la compétence judiciaire lui revenait.

Cette question sur la compétence est significative de la manière dont les tribunaux brésiliens continuent d'appliquer la politique d'intégration des indiens à la communauté nationale. Ainsi, lorsque

⁵ « L'État contemporain n'a plus le monopole de la production et de la distribution du droit. Malgré la domination du droit de l'État, il est obligé de coexister avec d'autres sources juridiques, d'autres droits qui avec lui doivent interagir ». Boaventura de Sousa SANTOS, *Direito et Justiça, a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989, p. 54.

⁶ « Naturellement, la légalité officielle imposée par les colonisateurs n'a jamais reconnu en tant que Droit l'organisation sociale qui maintient toujours vivantes certaines sociétés indiennes ». Antonio Carlos WOLKMER, *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 52.

l'indien est assigné en justice, son identité culturelle est immédiatement remise en cause. La justice cherche à comprendre son degré d'intégration à la communauté nationale afin de pouvoir lui appliquer une sanction. La tolérance octroyée par le Statut de l'indien pour l'application de ses propres droits ne doit concerner que les indiens isolés ou, à la limite, les indiens en voie d'intégration. L'indien qui peut comprendre le bien-fondé d'un procès judiciaire doit être jugé par la justice brésilienne.

B. — L’AFFIRMATION DE L’IDENTITÉ CULTURELLE
DES INDIENS : LA CONSTRUCTION D’UNE NOUVELLE
JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Le droit à la terre, compris en tant qu'espace d'affirmation culturelle d'un groupe, est une des plus importantes revendications du peuple indien. Il est certain que la question du territoire peut rapidement devenir une condition de survie du groupe, puisque sans leur territoire les indiens perdent peu à peu leur identité culturelle, leur identité en tant que peuple. La loi brésilienne évite l'utilisation de l'expression territoire pour traiter de cet espace vital d'expression culturelle. Les constitutionnalistes, mais surtout les militaires, avaient tout de suite associé au territoire l'idée de souveraineté pour tirer les conséquences d'une volonté d'indépendance, voire même d'une guerre de libération. Aussi, les juristes ont-ils voulu formuler un nouveau concept : la terre des indiens. Deux particularités doivent être signalées : *primo*, la distinction entre le droit de propriété qui continue à appartenir à l'Union fédérale et la possession de la terre qui est reconnue aux indiens, *secundo*, il s'agit d'une possession collective, attribuée à la communauté indienne et rebelle à toute appropriation individuelle.

La propriété de l'Union des terres des indiens revêt une certaine originalité. Elle n'entre pas facilement dans les trois catégories de biens publics prévues par l'article 66 du Code civil brésilien : elle n'est pas à l'usage commun du peuple, elle n'appartient pas au pouvoir public au même titre qu'une propriété privée et elle ne remplit pas un usage spécial destiné au service public. En effet, les terres des indiens ne sont pas disponibles pour les pouvoirs publics, elles

ne sont utilisées que par le peuple indien, selon ses usages, coutumes et traditions ; il s'agit d'un espace territorial où le droit de propriété brésilien fait place au droit indien. Il semble bien qu'il s'agit là d'un territoire, sans souveraineté certes, mais d'un territoire des indiens, qui appartient à la communauté indienne destiné à soutenir la préservation et la protection de son identité culturelle.

Lorsque la loi brésilienne associe la propriété de l'Union à la possession collective des terres des indiens, elle a encore l'idée d'intégration progressive des indiens à la communauté nationale. Dans ce sens, au fur et à mesure que les individus abandonneraient leurs terres pour vivre en ville, ces terres devraient retourner au domaine de l'Union. Cependant, la Constitution de 1988, en reconnaissant le droit à la diversité culturelle des indiens, c'est-à-dire le droit de continuer à vivre comme un indien, affirme que ces terres doivent rester terres indiennes.

Il est intéressant de remarquer que la loi brésilienne a toujours reconnu le droit des indiens à la possession de leur territoire ; la Constitution de 1988 a clairement proclamé le droit originaire des indiens aux terres qu'ils occupent traditionnellement et a attribué à l'Union l'obligation de les faire délimiter. Cette délimitation constitue un problème majeur pour la continuité de la communauté.

Les indiens ont ainsi le droit de revendiquer de l'Union fédérale la délimitation de leurs terres. Le Statut de l'indien de 1973 a accordé un délai de 5 ans à l'administration fédérale pour que les terres des indiens soient délimitées (art. 65). La Constitution de 1988 dans ses actes transitoires a renouvelé le délai de 5 ans à compter de sa promulgation (art. 67).

La délimitation des terres des indiens est un simple acte administratif qui ne fait que déclarer les limites des terres indiennes par une description formelle de la propriété qui reste toujours à l'Union fédérale. Aucun titre de propriété ne peut être opposé aux droits originaires des indiens à la possession de leur territoire. Cependant, depuis le Statut de l'indien de 1973, plusieurs décrets ont été édictés pour réglementer la procédure administrative de délimitation. Le décret n° 76.999, du 8 janvier 1976 a été le premier et le plus simple : un anthropologue et un ingénieur nommés par le président de la FUNAI devaient élaborer un rapport détaillé qui, une fois approuvé par l'autorité administrative, était homologué par le pré-

sident de la République, pour ensuite donner lieu à une inscription immobilière. Depuis, le décret n° 88.118, du 23 février 1983, a introduit quelques changements à la procédure en exigeant la formation d'une équipe spécialisée pour l'identification du territoire. Le décret n° 94.945, du 23 septembre 1987, ajoute encore quelques difficultés dans la mesure où il exige la participation du Conseil de sécurité nationale. La Constitution de 1988 devait faciliter la délimitation des terres des indiens par le décret n° 22, du 4 février 1991 prévoyant la publication, par le Ministère de la Justice, d'un Plan de délimitation des terres des indiens afin de respecter le délai constitutionnel de 5 ans.

Actuellement, le décret n° 1.775, de 1996, oblige l'ouverture d'une phase contradictoire, où les éventuels titulaires d'un droit de propriété sur les terres indiennes peuvent discuter l'acte de délimitation. Mais, il faut bien faire remarquer que le droit originaire des indiens à leur terre ne peut être contesté par aucun titre de propriété. L'Union ne fait que déclarer sa propriété ainsi que la possession par les indiens. Le but de l'acte administratif est seulement de permettre la délimitation du territoire sans qu'il soit porté atteinte aux droits des particuliers, puisque toute occupation ou titre sur ces terres sont par définition illégaux. Dans une telle perspective, le respect du principe du contradictoire dans la procédure administrative ne fait que retarder la décision.

Finalement, une nouvelle relation entre l'Etat brésilien et ses indiens a été créée par la Constitution de 1988. La reconnaissance de l'identité culturelle des indiens doit contribuer à la préservation de leur organisation sociale, coutumes et traditions, ainsi qu'à la délimitation de leur territoire. Il ne s'agit plus de penser à l'intégration progressive des indiens à la société brésilienne, mais plutôt de respecter la culture indienne et de permettre aux indiens de poursuivre leur existence tout simplement comme indiens.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- CASTRO, Eduardo Viveiros de; CUNHA, Manuela Carneiro da CUNHA (Org.), *Amazônia : etnologia e história indígena*, Proto Alegre : L&PM, 1989.
- CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994.
- CUNHA, Manuela Carneiro da, *Os direitos do índio; ensaios e documentos*, São Paulo, Brasiliense, 1987.
- GRUPIONI, Luiz Donizete Benzi (Org.), *Índios do Brasil*, Brasília, MED, 1994.
- OLIVEIRA, José Pacheco de, *Indigenismo e territorialização; poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Contracapa, 1998.
- RIBEIRO, Darcy, *O processo civilizatório; etapas da evolução sociocultural*, São Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- SANTILLI, Juliana, *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, NDI/Fabris, 1993.
- SHIRLEY, Robert, *Antropologia jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Direito e Justiça, a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989.
- MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico, *O renascer dos povos indígenas para o Direito*, Curitiba, Juruá, 1999.
- WOLKMER, Antônio Carlos, *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro, 1999.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.), *Direito e Justiça na América Indígena*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

L'IDENTITÉ
DE LA PERSONNE HUMAINE

Étude de droit français et de droit comparé

SOUS LA DIRECTION DE

J. POUSSON-PETIT

PROFESSEUR DE DROIT PRIVÉ
À L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE,
DIRECTRICE DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

BRUYLANT

BRUXELLES

2 0 0 2

SOMMAIRE

Liste des auteurs

Sommaire

Fleurs de papier, fleurs de tombeaux, par Alain BERNARD

Dimensions philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité,
par Louis-Léon CHRISTIANS

Identification sociale, personnalisation et processus identitaires, par Gérard
NEYRAND

PREMIERE PARTIE

L'identité imposée

TITRE 1^{er}. — Les modes classiques d'identification : l'état civil

CHAPITRE 1^{er}. — LES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS

SECTION 1^{re}. — *Etat ou autorités confessionnelles?*

L'identité — historique, par Germain SICARD

L'identité de la personne physique en Italie entre Concordats et laïcité, par
Benito PROIETTO

Aspects de l'état civil à travers les relations des autorités civiles et confessionnelles au Liban, par Roula EL-HUSSEINI BEGDACHE et Alexandre SAKR

L'état civil en Algérie, par Nadia YOUNSI-HADDAD

SECTION 2. — *Personne ou groupe?*

L'identification du groupe familial au Japon, par Jacqueline POUSSON-PETIT

CHAPITRE 2. — LES LIMITES

SECTION 1^{re}. — *Les insuffisances et les incohérences*

L'identité des personnes physiques en Afrique subsaharienne francophone, par
Florence LAROCHE-GISSEROT

L'inadaptation du système de l'état civil dans les pays d'Afrique noire, par
Marie-Louise ABOMO

La problématique des personnes sans état civil en Guyane Française, par
Edouard PARUTA et Alain POUSSON

Absence d'état civil, par Solange MIRABAIL

Un illogisme? l'état-civil fondement de la qualité d'héritier, par Jean PICARD

SECTION 2. — *L'incomplétude de l'état civil*

L'identité de la personne humaine au Royaume-Uni, par Jacqueline
POUSSON-PETIT

TITRE 2. — **Les nouveaux modes d'identification**

CHAPITRE 1^{er}. — L'IDENTIFICATION INFORMATIQUE

L'identité informatisée, par Didier POUSSON

CHAPITRE 2. — L'IDENTIFICATION PAR LES GÈNES

Empreintes génétiques et filiation : les discordances et les incohérences juridiques, par Jacqueline POUSSON-PETIT

L'identification biologique en matière pénale, par Elisabeth LAJARTHE

SECONDE PARTIE

L'identité choisie

TITRE 1^{er}. — **L'emprise de la personne sur ses éléments d'identification**

CHAPITRE 1^{er}. — ELÉMENTS POUR LESQUELS LA LIBERTÉ A TOUJOURS EXISTÉ

La nationalité, droit objectif ou droit subjectif?, par Sophie PENNARUN

Domicile et identité, par Alain POUSSON

L'identité professionnelle, par Alain POUSSON

CHAPITRE 2. — ELÉMENTS POUR LESQUELS LA LIBERTÉ A ÉTÉ NOUVELLEMENT
CONQUISE

SECTION 1^{re}. — *Les nom et prénom*

Le choix du prénom et du nom en droit français, par Jean-Jacques
LEMOULAND

La réglementation du nom en République Fédérale d'Allemagne, par Françoise
FURKEL

L'identité de la personne physique selon le droit hellénique, par Pénélope
AGALLOPOULOU

SECTION 2. — *Le sexe*

L'identité de la femme au XIX^e siècle à travers le prisme du droit fiscal, par
Renaud CARRIER

Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens, par Jacqueline
POUSSON-PETIT

La situation juridique du transsexuel en République Fédérale d'Allemagne, par
Françoise FURKEL

SECTION 3. — *Le droit pour l'enfant de connaître ses origines et le droit d'établir sa filiation*

Allemagne : le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à propos des « casiers à bébé »), par Eva WENNER

L'identité de la personne physique et la notion d'accouchement sous X en Guyane, par Alexandra ACHILLE

Le nouveau droit de la filiation au Brésil : la dimension affective des relations familiales, par Maria Claudia CRESPO BRAUNER

TITRE 2. — **Les revendications identitaires**

La référence identitaire dans la protection internationale des peuples autochtones, par Ghislain OTIS

Constitution et culture : le droit des Indiens, par Anderson ORESTES CAVALCANTE LOBATO

L'identité Kanake en Nouvelle-Calédonie, par Guy AGNIEL

Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports?, par Marie-Noël CAPOGNA

Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe. Une reconnaissance conditionnelle, par Marie-Claire FOBLETS

Conclusion, par Jacqueline POUSSON-PETIT

Table des matières

CONSTITUTION ET CULTURE : LE DROIT DES INDIENS

PAR

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

PROFESSEUR À L'UNISINOS ET À L'UCS

ET

MARCELO BECKHAUSEN

PROFESSEUR À L'UNISINOS / PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE

Lorsque Cabral est arrivé à Salvador, Bahia, en 1500, la population autochtone de Pindorama (nom du pays en tupi-guarani) était partagée entre plus de 1 000 groupements sociaux, c'est-à-dire environ 5 millions de personnes. Aujourd'hui, les indiens du Brésil ne sont plus que 350 000 répartis entre 218 groupements sociaux, auxquels il faut ajouter 55 groupements qui vivent encore en situation d'isolement ¹.

Les gouvernements brésiliens, depuis l'indépendance au début du XIX^e siècle (1822), se sont efforcés de réaliser l'intégration progressive et permanente de la population autochtone à la culture européenne; le processus d'assimilation semblait inévitable. Moins poussée qu'auparavant, leur action est aujourd'hui orientée vers la préparation de certains individus à pouvoir survivre dans un monde qui ne cesse de grandir, dont la globalisation fait interagir une diversité culturelle qui défie toute l'humanité.

La politique intégrationniste, sous le couvert de la protection des indiens, a fortement contribué à leur disparition, les indiens ayant été assimilés à des enfants, incapables de comprendre et d'accomplir les actes de la vie civile. Cela les a empêchés *de facto* de faire valoir le droit de conserver leur identité culturelle. Sous la protection de l'État, ils ont été victimes des gouvernements dictatoriaux successifs

¹ Voir le site internet de la Fondation national de l'Indien : www.funai.gov.br

qui ont exploité les richesses de leur territoire ou, pire encore, les ont déplacés afin de permettre l'avancée de la civilisation occidentale toujours en quête de nouvelles ressources naturelles. Une telle politique a également permis la dissémination de l'image négative de l'indien paresseux et buveur dont l'attachement à la culture d'origine interdit l'accès aux bienfaits de la civilisation.

Actuellement les brésiliens commencent à comprendre l'importance du respect de la diversité culturelle. Le Brésil est un pays métis. Le peuple brésilien a été formé par la contribution de plusieurs cultures : des indiens, des africains et des immigrants européens. En ce qui concerne les indiens, le travail des organisations non gouvernementales a permis la réalisation d'études scientifiques qui indiquent une progression démographique de la population, en moyenne 3,5 % par an, supérieure à la moyenne de la population brésilienne, qui n'est que de 1,6 % par an². Désormais, il faut réfléchir sur le droit à la diversité culturelle, notamment à ses possibles conséquences juridiques et politiques.

Enfin, le droit à la diversité culturelle peut être une garantie constitutionnelle pour certains groupements sociaux qui permettrait la préservation et la protection de leurs traditions, croyances et coutumes face au mouvement de l'inter-culturalisation. Il s'agit bien d'une liberté individuelle, mais qui fait appel à la promotion d'une culture et, par conséquent, à une action positive de la part de l'Etat. Dans une telle perspective, il faut bien reconnaître que le droit à la diversité culturelle des indiens s'inscrit dans la Constitution et n'exclut nullement les droits des autres groupements sociaux, tels que les noirs, les gitans ou encore les immigrants, qui revendiquent tous la reconnaissance de leur diversité culturelle à partir du respect du principe républicain de l'égalité des personnes.

Le mouvement indien de pression parlementaire a porté ses fruits dans la mesure où il a provoqué la rédaction de l'article 231 de la Constitution brésilienne de 1988 (CF88) qui explicite le droit des indiens à leur propre organisation sociale, leurs coutumes, langues, croyances et traditions. Ils ont également un droit originaire à la terre qu'ils occupent traditionnellement. Il s'agit là d'un revirement de la politique gouvernementale qui se manifeste par l'abandon de la conception intégrationniste et l'acceptation de l'identité

² Voir le site internet de l'Institut socioambiental : www.isa.org.br

culturelle des indiens. Un tel changement de politique doit également être incorporé à la pratique judiciaire afin d'assurer son effectivité par une action en justice.

§ 1^{er}. – Le droit constitutionnel à l'identité culturelle des indiens

L'indépendance avait provoqué un changement de politique à l'égard des indiens, de même la Constitution brésilienne de 1988 représente une rupture avec la politique d'intégration des indiens à la société nationale et instaure un nouveau rapport entre la communauté indienne et l'Etat. Pour bien comprendre l'importance d'un tel changement de politique il faut approfondir les contradictions encore existantes entre une Constitution qui reconnaît l'identité culturelle des indiens et l'ensemble de la législation indienniste élaborée dans un but intégrationniste.

A. – LA POLITIQUE D'INTÉGRATION À LA SOCIÉTÉ NATIONALE

Lors de l'indépendance la Constitution de l'Empire de 1824 a soigneusement évité de traiter de la question indienne. Il faut savoir que le colonisateur portugais avait entamé une politique belliqueuse contre les indiens dont le but était l'application du régime de servitude. L'indépendance a suscité l'approfondissement de l'identité culturelle brésilienne, le métissage avec la population indienne obligeant un changement urgent de politique. Ainsi, la loi du 27 octobre 1831 a annulé les Lettres Royales de 1808 qui avaient déclaré la guerre contre les indiens de São Paulo et Minas Gerais, et autorisé l'esclavage des prisonniers. Cette loi, certes libératrice, en voulant protéger les indiens contre les abus de leurs libertés, les a déclarés orphelins sous la garde de la justice. Elle leur a accordé la condition d'orphelins dans le but de protéger leurs libertés jusqu'à l'intégration pacifique à la société brésilienne. Nous trouvons ici les bases d'une politique d'assimilation culturelle qui partant du constat de l'inévitable fin du mode de vie des indiens justifie

l'obligation pour l'Etat de les aider dans le processus d'intégration à la civilisation occidentale ³.

Pour le gouvernement brésilien il n'était pas question d'admettre, pour les indiens devenus esclaves, le retour à la vie communautaire et à leur culture. Les communautés indiennes étant en voie de disparition, il fallait permettre aux indiens d'apprendre la culture occidentale pour préserver leur existence.

Le mouvement républicain, dès la Constitution de 1891, n'a pas beaucoup changé la relation entre l'Etat et les indiens du Brésil. Certes, le mouvement abolitionniste d'opposition à la continuité du régime d'esclavage des noirs exigeait une politique d'émancipation des indiens. Cependant, une telle émancipation de l'indien était compatible avec la politique intégrationniste qui a persisté jusqu'à l'insertion dans le Code civil brésilien de 1916 de l'indien parmi les personnes à capacité civile réduite, à l'exemple des enfants (art. 6). En effet, le Code prévoyait la promulgation d'une législation spéciale qui devait réglementer le régime de tutelle des indiens jusqu'à leur intégration à la civilisation brésilienne.

Malgré les dispositions constitutionnelles qui reconnaissent l'identité culturelle de l'indien, le nouveau Code civil brésilien qui vient d'être promulgué en janvier 2002, maintient la condition d'incapacité relative des indiens pour les actes de la vie civile, parce qu'ils sont incapables de comprendre les lois et les coutumes de la société nationale. Ils doivent donc rester sous la protection de l'Etat par le biais du régime de tutelle.

Néanmoins, il faut préciser que la première conséquence de la législation civiliste républicaine fut l'abandon du régime de tutelle des orphelins qui a été pratiqué au Brésil durant le XIX^e siècle. Désormais, il est question de réglementer un régime spécial de tutelle, sur base du droit public, l'Etat brésilien assume l'obligation d'organiser un service public de protection des indiens. Ainsi, la condition spéciale pour pratiquer les actes de la vie civile qui a été accordée aux indiens ne doit point représenter une diminution de leur citoyenneté. Le droit constitutionnel a préservé leur identité culturelle qui non seulement continue d'exister mais est protégée aussi par le régime de tutelle de l'Etat.

³ Carlos Frederico MARÉS DE SOUZA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o Direito*, Curitiba, Juruá, 1998, p. 93.

Le décret n° 5.484, du 27 juillet 1928, a réglementé la situation des indiens nés sur le territoire brésilien. L'article premier a mis un terme au débat relatif au régime de tutelle auquel les indiens étaient soumis en déclarant expressément l'émancipation du régime de tutelle des orphelins de tous les indiens et ceci sans considérer leur degré d'assimilation à la civilisation. En effet, le régime de tutelle publique était accordé par l'Etat brésilien qui l'exerçait à travers le Service de Protection aux Indiens (SPI) créé en 1910 et, initialement dirigé par un militaire humaniste, le Maréchal Cândido Rondon.

Mais, le SPI, dans les années 50, a succombé sous la corruption, surtout en ce qui concernait l'administration des terres des indiens. L'octroi d'une « Attestation d'inexistence de l'indien » entraînait non seulement l'usurpation de la terre, mais aussi l'extermination progressive des indiens. La pression politique émanant surtout des anthropologues a conduit, pendant le régime dictatorial militaire, à une reformulation administrative jusqu'à la création de la Fondation nationale de l'indien (FUNAI), en 1967. Toutefois, aujourd'hui encore, les relations entre l'Etat brésilien et les indiens sont régies par le Statut de l'indien, la loi n° 6.001, du 19 décembre 1973.

Le Statut de l'indien peut être interprété comme un retour à la conception de la tutelle des orphelins du XIX^e siècle, dans la mesure où il permet l'application des principes du droit commun, c'est-à-dire du Code civil et rétablit l'idée de l'émancipation de l'indien suite à la réalisation d'un certain nombre de conditions : l'âge, plus de 21 ans, la connaissance de la langue portugaise, l'habilitation pour l'exercice d'une fonction et la compréhension minimale des usages et coutumes nationaux. L'émancipation serait donc le but à atteindre par la politique d'intégration des indiens à la culture nationale.

B. — LA RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ CULTURELLE DES INDIENS

La transition pour la démocratie qui a pris le pas sur le régime dictatorial militaire a retenu comme but majeur l'élaboration d'une

nouvelle Constitution, qui non seulement, devait satisfaire la volonté du peuple brésilien d'avoir un gouvernement démocratique, mais surtout devait permettre la fixation des objectifs et priorités de l'Etat. Le processus constituant a été suivi par les groupes de pression qui se sont organisés pour faire inscrire dans le nouveau texte constitutionnel leur revendication collective. Le Brésil est un pays pluriculturel devant assurer à chaque groupement social le droit de préserver et de manifester sa diversité culturelle par sa musique, sa religion, sa langue et ses coutumes. L'Etat brésilien doit désormais garantir l'exercice des droits culturels des groupements sociaux et protéger la manifestation de la culture tant des indiens et des afro-brésiliens que des autres groupes qui font partie intégrante du processus de formation de la nation brésilienne (art. 215, § 1 - , CF88).

La Constitution brésilienne de 1988 ouvre un nouveau chapitre relatif aux relations entre l'Etat et les indiens. Jusqu'à présent l'Etat, toujours dans le but de protéger les individus, a voulu forcer l'intégration culturelle; la meilleure solution pour les indiens étant d'abandonner leur propre culture pour « vivre la civilisation ». Depuis 1988, les indiens brésiliens ont le droit de rester indiens, d'avoir leur propre organisation sociale, de garder leurs coutumes et traditions, enfin de vivre leur identité culturelle (art. 231, CF88).

Ainsi, la reconnaissance du droit des indiens à l'identité culturelle oblige un changement substantiel de la politique gouvernementale. Dorénavant, l'indien ne doit plus être soumis à un régime de tutelle semblable à celui applicable aux orphelins, la société brésilienne doit accepter qu'il exprime sa volonté selon ses coutumes et ses traditions. La tutelle est toujours présente mais est désormais régie par les principes de droit public afin d'assurer aux indiens une protection effective de l'Etat.

Il fallait adopter une nouvelle loi pour donner une orientation différente aux relations entre l'Etat et les indiens, un nouveau Statut de l'indien. Un projet de loi n° 2.057 de 1991 est toujours en discussion au Congrès national, celui-ci reconnaît de nouveaux droits aux indiens, tels que le droit d'auteur pour protéger leurs connaissances traditionnelles, le droit de représentation selon leurs coutumes, de même que la participation aux instances officielles de décision sur les ressources naturelles dont ils disposent. Cependant, malgré la

difficulté pour faire approuver le nouveau Statut de l'indien, quelques changements législatifs indiquent déjà l'abandon progressif de la politique intégrationniste. En matière de santé publique, la loi n° 9.836 du 23 septembre 1999 impose à l'Etat de considérer la réalité locale et les spécificités de la culture indienne afin d'adopter un modèle qui puisse tenir compte de questions aussi importantes que la nutrition, l'habitation, l'environnement, la délimitation des terres ou l'éducation sanitaire.

En matière d'éducation, la contradiction entre la nouvelle Constitution qui reconnaît le droit à la diversité culturelle et le Statut de l'indien, encore en vigueur, est plus frappante. Pour le Statut de 1973 l'éducation de l'indien sera « *orientée vers l'intégration dans la communauté nationale par un processus progressif de compréhension des problèmes et valeurs de la société* ». Depuis les années 70, pendant le gouvernement dictatorial, l'enseignement bilingue regroupait la langue maternelle et le portugais, mais au fur et à mesure que le groupe d'indiens assimilait la culture occidentale, il perdait sa langue d'origine. Ainsi, on peut estimer qu'au Brésil, il y a 500 ans, les indiens parlaient plus de 1300 langues, aujourd'hui elles ne sont plus que 180, sans considérer les indiens encore isolés du contact avec la civilisation nationale.

La préservation de la langue représente une importante revendication identitaire des indiens. La Constitution de 1988 a compris la nécessité d'assurer aux communautés indiennes l'utilisation de leur langue maternelle, ainsi que leur propre processus d'enseignement (art. n° 210, CF88). Le Ministère de l'Éducation et de la Culture a déjà réglementé l'éducation des indiens dans le respect de la diversité culturelle ; pour l'organisation de l'école indienne on doit considérer la participation de la communauté non seulement à la gestion, mais aussi à la définition de la structure sociale, des pratiques culturelles et religieuses, des méthodes d'enseignement, des activités économiques et de l'usage des matériaux adaptés au contexte socioculturel de la communauté indienne.

L'approfondissement de l'analyse de la contradiction entre la législation indienne orientée vers l'intégration de l'indien à la communauté nationale et la Constitution qui reconnaît aux indiens le droit à l'identité nationale questionne la justice dont la pratique est également remise en question.

§ 2. – Les indiens devant la Justice

Le droit à la diversité culturelle pose à la justice brésilienne de nouvelles interrogations. Tout d'abord la nécessité de révision d'une pratique jurisprudentielle représentative de la politique intégrationniste dont l'abandon est imposé par l'avènement de la Constitution de 1988. Au delà des questions formelles des conflits de compétence entre la justice fédérale et la justice des Etats membres, la reconnaissance constitutionnelle de l'identité culturelle de l'indien favorise la revendication de certains droits, dont celui de l'attribution des terres indiennes.

A. – UNE PRATIQUE JURISPRUDENTIELLE ORIENTÉE VERS L'INTÉGRATION À LA COMMUNAUTÉ NATIONALE

L'identité culturelle de l'indien est toujours présente dans la procédure judiciaire. La première question pour la justice est de connaître son degré d'intégration sociale afin de lui appliquer les avantages conférés par le Statut de l'indien. Néanmoins, la tendance des décisions de justice est d'appliquer les normes statutaires qui concernent l'émancipation de l'indien, et qui conduisent à se demander si l'individu en question peut comprendre la culture nationale, s'il parle la langue portugaise, s'il peut avoir une fonction utile pour la société brésilienne : critères déterminants pour la perte progressive de l'identité culturelle indienne. En effet, pour la justice brésilienne si l'indien a été assimilé, acculturé, intégré à la société nationale il sera considéré responsable de ses actes.

La recherche judiciaire de l'identité culturelle de l'indien a toujours pour base la définition de l'indien donnée par le Statut de 1973 : « *l'indien est tout individu d'origine précolombienne qui s'identifie par son appartenance à un groupe ethnique dont les caractéristiques culturelles sont différentes de celles de la société nationale* (art. 3). » Or, une telle définition n'autorise pas la justice à rechercher dans le degré d'intégration de l'individu à la société nationale un critère de perte de son identité culturelle. Cependant, souvent la lecture de cet article fait apparaître trois catégories d'indiens : l'indien isolé, sans aucun contact, l'indien en voie d'intégration et l'indien déjà intégré, tout à fait incorporé à la communauté nationale et ayant acquis le plein exercice de ses droits civiques, même s'il conserve les usages,

coutumes et traditions caractéristiques de sa culture indienne (art. 4).

La reconnaissance de l'identité culturelle de l'indien est importante pour savoir si cet individu peut comprendre une éventuelle sanction judiciaire. En effet, le Code pénal brésilien de 1940 ne mentionne nullement les indiens, mais son article 22 écarte la sanction en faveur de celui qui, victime d'une maladie ou d'un développement mental incomplet, ne peut comprendre le caractère criminel de l'acte qui lui est imputé. La pratique judiciaire qui consiste à considérer les indiens non responsables de leurs actes par une sorte d'« imperfection » culturelle est tout à fait révélatrice non seulement des préjugés dont les indiens sont victimes, mais surtout d'une volonté délibérée de les intégrer de force à la société nationale par la négation de leur identité culturelle ⁴.

Plus grave encore fut l'expérience du décret n° 5.484 de 1928 qui en quelque sorte a pu justifier l'absence de référence à l'indien dans le Code pénal; les crimes commis par les indiens relevaient d'une législation spéciale qui créa une juridiction soi disant administrative, sous la responsabilité du Service de Protection de l'Indien – SPI, sans aucun contrôle de la justice. Ainsi, furent créées des Colonies correctionnelles sous l'autorité d'un inspecteur des indiens qui pouvait prononcer un enfermement d'une durée inférieure à 5 ans. Toujours à partir du critère du degré d'intégration à la société nationale, les indiens qui comptaient plus de 5 ans de relation avec la civilisation étaient soumis à la justice de l'État, mais la sanction était disciplinaire et réduite de moitié et son application était confiée aux Colonies correctionnelles.

La violation constante des droits élémentaires de l'homme dans ces Colonies correctionnelles a été maintes fois dénoncée par la société brésilienne, notamment par la communauté scientifique; même sous le régime dictatorial des militaires, le SPI et les Colonies exercèrent une l'oppression dont les indiens furent quotidiennement victimes. Le Statut de l'indien de 1973, tout en éliminant la juridiction pénale administrative, édicta un traitement spécifique pour les sanctions des infractions commises par les indiens : « *l'application, par le groupe, en accord avec leurs propres institutions, de la sanction pénale ou disciplinaire contre ses membres.* » (art. 57).

⁴ Carlos Frederico MARÉS DE SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 111.

Il s'agit de traiter ici de la question délicate d'une juridiction indienne ⁵ fondée sur sa propre culture, organisation sociale et tradition. La Constitution et le Statut de l'indien annoncent la reconnaissance des normes internes des sociétés indiennes par l'Etat brésilien et l'établissement de nouveaux rapports afin de protéger l'identité culturelle d'un peuple ⁶.

Malgré la disposition statutaire qui soumet la généralité des indiens à la compétence d'une juridiction indienne, les tribunaux brésiliens insistent sur la capacité des indiens à comprendre la culture nationale et les assujettissent aux décisions du pouvoir judiciaire. Mais, existent des conflits de compétence entre la justice fédérale et la justice des Etats membres pour connaître les affaires qui concernent les indiens. En effet, la Constitution prévoit que la justice fédérale est compétente pour connaître des conflits ayant trait aux droits des indiens (art. n° 109, XI, CF88). Ceci concerne tout d'abord la préservation de leur organisation sociale, coutumes et traditions, mais aussi le droit originaire à la terre qu'ils occupent. Dans cette perspective, certains tribunaux de la justice fédérale ont considéré que dans tous les crimes contre les indiens, ou encore entre les indiens, leur identité culturelle était en cause et que par voie de conséquence la compétence judiciaire leur appartenait.

Néanmoins, la justice de chaque Etat fédéré a entendu garder sa compétence pour juger toutes les infractions de droit commun, de sorte que si les droits des indiens n'ont pas été directement impliqués, par exemple, le crime d'homicide perpétré par un indien, ou dont un indien aurait été victime, la compétence judiciaire lui revenait.

Cette question sur la compétence est significative de la manière dont les tribunaux brésiliens continuent d'appliquer la politique d'intégration des indiens à la communauté nationale. Ainsi, lorsque

⁵ « L'Etat contemporain n'a plus le monopole de la production et de la distribution du droit. Malgré la domination du droit de l'Etat, il est obligé de coexister avec d'autres sources juridiques, d'autres droits qui avec lui doivent interagir ». Boaventura de Sousa SANTOS, *Direito et Justiça, a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989, p. 54.

⁶ « Naturellement, la légalité officielle imposée par les colonisateurs n'a jamais reconnu en tant que Droit l'organisation sociale qui maintient toujours vivantes certaines sociétés indiennes ». Antonio Carlos WOLKMER, *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 52.

l'indien est assigné en justice, son identité culturelle est immédiatement remise en cause. La justice cherche à comprendre son degré d'intégration à la communauté nationale afin de pouvoir lui appliquer une sanction. La tolérance octroyée par le Statut de l'indien pour l'application de ses propres droits ne doit concerner que les indiens isolés ou, à la limite, les indiens en voie d'intégration. L'indien qui peut comprendre le bien-fondé d'un procès judiciaire doit être jugé par la justice brésilienne.

B. — L’AFFIRMATION DE L’IDENTITÉ CULTURELLE
DES INDIENS : LA CONSTRUCTION D’UNE NOUVELLE
JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Le droit à la terre, compris en tant qu'espace d'affirmation culturelle d'un groupe, est une des plus importantes revendications du peuple indien. Il est certain que la question du territoire peut rapidement devenir une condition de survie du groupe, puisque sans leur territoire les indiens perdent peu à peu leur identité culturelle, leur identité en tant que peuple. La loi brésilienne évite l'utilisation de l'expression territoire pour traiter de cet espace vital d'expression culturelle. Les constitutionnalistes, mais surtout les militaires, avaient tout de suite associé au territoire l'idée de souveraineté pour tirer les conséquences d'une volonté d'indépendance, voire même d'une guerre de libération. Aussi, les juristes ont-ils voulu formuler un nouveau concept : la terre des indiens. Deux particularités doivent être signalées : *primo*, la distinction entre le droit de propriété qui continue à appartenir à l'Union fédérale et la possession de la terre qui est reconnue aux indiens, *secundo*, il s'agit d'une possession collective, attribuée à la communauté indienne et rebelle à toute appropriation individuelle.

La propriété de l'Union des terres des indiens revêt une certaine originalité. Elle n'entre pas facilement dans les trois catégories de biens publics prévues par l'article 66 du Code civil brésilien : elle n'est pas à l'usage commun du peuple, elle n'appartient pas au pouvoir public au même titre qu'une propriété privée et elle ne remplit pas un usage spécial destiné au service public. En effet, les terres des indiens ne sont pas disponibles pour les pouvoirs publics, elles

ne sont utilisées que par le peuple indien, selon ses usages, coutumes et traditions ; il s'agit d'un espace territorial où le droit de propriété brésilien fait place au droit indien. Il semble bien qu'il s'agit là d'un territoire, sans souveraineté certes, mais d'un territoire des indiens, qui appartient à la communauté indienne destiné à soutenir la préservation et la protection de son identité culturelle.

Lorsque la loi brésilienne associe la propriété de l'Union à la possession collective des terres des indiens, elle a encore l'idée d'intégration progressive des indiens à la communauté nationale. Dans ce sens, au fur et à mesure que les individus abandonneraient leurs terres pour vivre en ville, ces terres devraient retourner au domaine de l'Union. Cependant, la Constitution de 1988, en reconnaissant le droit à la diversité culturelle des indiens, c'est-à-dire le droit de continuer à vivre comme un indien, affirme que ces terres doivent rester terres indiennes.

Il est intéressant de remarquer que la loi brésilienne a toujours reconnu le droit des indiens à la possession de leur territoire ; la Constitution de 1988 a clairement proclamé le droit originaire des indiens aux terres qu'ils occupent traditionnellement et a attribué à l'Union l'obligation de les faire délimiter. Cette délimitation constitue un problème majeur pour la continuité de la communauté.

Les indiens ont ainsi le droit de revendiquer de l'Union fédérale la délimitation de leurs terres. Le Statut de l'indien de 1973 a accordé un délai de 5 ans à l'administration fédérale pour que les terres des indiens soient délimitées (art. 65). La Constitution de 1988 dans ses actes transitoires a renouvelé le délai de 5 ans à compter de sa promulgation (art. 67).

La délimitation des terres des indiens est un simple acte administratif qui ne fait que déclarer les limites des terres indiennes par une description formelle de la propriété qui reste toujours à l'Union fédérale. Aucun titre de propriété ne peut être opposé aux droits originaires des indiens à la possession de leur territoire. Cependant, depuis le Statut de l'indien de 1973, plusieurs décrets ont été édictés pour réglementer la procédure administrative de délimitation. Le décret n° 76.999, du 8 janvier 1976 a été le premier et le plus simple : un anthropologue et un ingénieur nommés par le président de la FUNAI devaient élaborer un rapport détaillé qui, une fois approuvé par l'autorité administrative, était homologué par le pré-

sident de la République, pour ensuite donner lieu à une inscription immobilière. Depuis, le décret n° 88.118, du 23 février 1983, a introduit quelques changements à la procédure en exigeant la formation d'une équipe spécialisée pour l'identification du territoire. Le décret n° 94.945, du 23 septembre 1987, ajoute encore quelques difficultés dans la mesure où il exige la participation du Conseil de sécurité nationale. La Constitution de 1988 devait faciliter la délimitation des terres des indiens par le décret n° 22, du 4 février 1991 prévoyant la publication, par le Ministère de la Justice, d'un Plan de délimitation des terres des indiens afin de respecter le délai constitutionnel de 5 ans.

Actuellement, le décret n° 1.775, de 1996, oblige l'ouverture d'une phase contradictoire, où les éventuels titulaires d'un droit de propriété sur les terres indiennes peuvent discuter l'acte de délimitation. Mais, il faut bien faire remarquer que le droit originaire des indiens à leur terre ne peut être contesté par aucun titre de propriété. L'Union ne fait que déclarer sa propriété ainsi que la possession par les indiens. Le but de l'acte administratif est seulement de permettre la délimitation du territoire sans qu'il soit porté atteinte aux droits des particuliers, puisque toute occupation ou titre sur ces terres sont par définition illégaux. Dans une telle perspective, le respect du principe du contradictoire dans la procédure administrative ne fait que retarder la décision.

Finalement, une nouvelle relation entre l'Etat brésilien et ses indiens a été créée par la Constitution de 1988. La reconnaissance de l'identité culturelle des indiens doit contribuer à la préservation de leur organisation sociale, coutumes et traditions, ainsi qu'à la délimitation de leur territoire. Il ne s'agit plus de penser à l'intégration progressive des indiens à la société brésilienne, mais plutôt de respecter la culture indienne et de permettre aux indiens de poursuivre leur existence tout simplement comme indiens.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- CASTRO, Eduardo Viveiros de; CUNHA, Manuela Carneiro da CUNHA (Org.), *Amazônia : etnologia e história indígena*, Proto Alegre : L&PM, 1989.
- CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994.
- CUNHA, Manuela Carneiro da, *Os direitos do índio; ensaios e documentos*, São Paulo, Brasiliense, 1987.
- GRUPIONI, Luiz Donizete Benzi (Org.), *Índios do Brasil*, Brasília, MED, 1994.
- OLIVEIRA, José Pacheco de, *Indigenismo e territorialização; poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Contracapa, 1998.
- RIBEIRO, Darcy, *O processo civilizatório; etapas da evolução sociocultural*, São Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- SANTILLI, Juliana, *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, NDI/Fabris, 1993.
- SHIRLEY, Robert, *Antropologia jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Direito e Justiça, a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989.
- MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico, *O renascer dos povos indígenas para o Direito*, Curitiba, Juruá, 1999.
- WOLKMER, Antônio Carlos, *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro, 1999.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.), *Direito e Justiça na América Indígena*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.