

Les pratiques anti-constitutionnelles : validité et efficacité en Droit Constitutionnel argentin

Fernando Arlettaz
Chercheur du programme
« Ramón y Cajal »
Faculté de Droit
Université de Saragosse¹

Étudier les pratiques anti-constitutionnelles dans le contexte d'un certain régime national de Droit Constitutionnel est une tâche immense. Il faudrait, en effet, en plus de dresser une théorie générale de la violation des normes constitutionnelles, visiter chaque secteur de ce Droit Constitutionnel pour aborder les modalités particulières des pratiques anti-constitutionnelles qu'on peut y trouver, ainsi que les mécanismes et les institutions prévues pour les éviter ou les réprimer. En raison de l'espace disponible, ce rapport se bornera à une approche théorique générale du point de vue du Droit Constitutionnel argentin.

Trois aspects seront donc abordés. Premièrement, l'étude de l'idée de Constitution, ainsi que de la distinction très répandue entre Constitution formelle et Constitution matérielle, permettra de retracer les limites entre les concepts de validité et d'efficacité, tels qu'ils sont saisis par la discipline constitutionnelle argentine (I). Puis, à partir de la discussion sur le Droit Constitutionnel coutumier, on considérera les fluctuations qui font qu'une pratique en principe anti-constitutionnelle soit perçue comme conforme à la Constitution (II). Finalement, on abordera la théorie des gouvernements *de facto*, méticuleusement construite par la Cour suprême et par une partie de la doctrine constitutionnelle argentine tout au long du XXe siècle pour justifier les coups d'État, la manifestation la plus flagrante de rupture constitutionnelle (III).

I. Le concept de Constitution et la distinction entre le formel et le matériel

La compréhension adéquate du concept de Constitution (A), ainsi que des différences entre la Constitution formelle et la Constitution matérielle (B), est une condition préalable à l'étude des phénomènes constitutionnels relatifs à l'efficacité de la Constitution. Cette section est donc consacrée à cette tâche de clarification conceptuelle.

A. La conception de la Constitution dans la doctrine argentine

La conception dominante dans la doctrine constitutionnelle argentine est normativiste (car elle identifie le droit avec un système de normes), positiviste du point de vue méthodologique (car

¹ Référence programme RYC2022-037133-I financé par MICIU/AEI/10.13039/501100011033 et par le FSE+. ORCID: 0000-0002-4372-0855. Contact: arlettaz@unizar.es.

elle accepte la distinction entre le droit réellement existant et le droit qui devrait exister selon une conception morale ou politique quelconque) et positiviste du point de vue théorique (car elle considère que le droit est le produit de l'État). Dans cette perspective, la Constitution est identifiée à un ensemble de normes, effectivement produites par des autorités étatiques et qui jouissent de suprématie. La supériorité formelle des normes constitutionnelles sur les autres normes dérive du fait que la Constitution a été adoptée par un pouvoir originaire appelé *pouvoir constituant*. L'adoption par le pouvoir constituant peut être un fait historique vérifié (dans le cas d'une Constitution écrite et codifiée) ou une simple fiction visant à justifier l'unité de l'idée même de Constitution (dans le cas d'une Constitution dispersée dans divers textes écrits ou d'une Constitution non écrite).

À partir de ce consensus de base, les positions doctrinales divergent quant à savoir si ce concept de Constitution (que nous nommerons *Constitution formelle*, par opposition à la *Constitution matérielle* dont il sera question plus bas) doit inclure seulement les Constitutions écrites ou également les coutumières. De plus, dans le cas des Constitutions écrites, il s'agit de déterminer si seules doivent être incluses celles qui sont codifiées dans un texte unique ou aussi celles qui apparaissent dispersées dans plusieurs documents. Par ailleurs, il est également débattu de savoir si le concept de Constitution comprend toutes les normes suprêmes ou seulement la portion de ces normes liée à un contenu déterminé (l'organisation fondamentale des pouvoirs de l'État, les droits fondamentaux, etc.)².

Des perspectives iusnaturalistes et sociologiques concurrencent le positivisme normativiste dominant. Pour Germán J. Bidart Campos, par exemple, la Constitution ne saurait être réduite à un simple ensemble de règles juridiques ; selon sa perspective iusnaturaliste et trialiste, elle constitue un phénomène tridimensionnel indissociable qui articule le texte normatif (*dimension normologique*), la réalité sociale ainsi que les relations de pouvoir qui créent des conduites effectives qui doivent servir de modèle pour d'autres conduites (*dimension sociologique*) et l'exigence suprême de justice (*dimension dikéologique*)³. La perspective de Bidart Campos est cependant assez confuse.

L'auteur introduit une distinction entre *validité* normative et *vigueur* sociologique⁴. Dans une perspective iusnaturaliste, il soutient que la validité d'une norme positive « provient de son ajustement ou de sa conformité aux valeurs juridiques pures, en particulier à la valeur de justice »⁵. Comme l'a finement fait remarquer Carlos Nino, une posture de ce calibre rend le texte constitutionnel inutile : pourquoi une Constitution (formelle) serait-elle nécessaire si, en définitive, la validité des normes découle directement de leur conformité avec certaines valeurs idéales (valeurs qui, par ailleurs, sont tout sauf évidentes)⁶ ? Bidart Campos corrige partiellement son point de vue en précisant que « lorsque la Constitution [formelle] est juste », la validité du droit infraconstitutionnel découle de son adéquation à la Constitution formelle. De cette sorte, pour que

² Voir une discussion plus contemporaine sur la portée et les fondements du Droit Constitutionnel dans P. Riberi, « Los fundamentos de la Constitución y un dogma incierto. Política y filosofía interpeladas », in P. Riberi, *Fundamentos y desafíos de la Teoría Constitucional contemporánea*, México, UNAM, 2019, pp. 21-71.

³ Voir G. Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995. G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998. G. Bidart Campos, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

⁴ G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., tome I, nos. 23-26.

⁵ G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., tome I, no. 30.

⁶ C. S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2005 (1992), pp. 17-21.

la norme constitutionnelle soit valide, elle devrait être conforme à la valeur de justice. Et pour qu'une norme infraconstitutionnelle soit valide, elle devrait remplir ces deux conditions : la conformité à la Constitution formelle et la concordance avec la valeur de justice. La vigueur sociologique, d'autre part, correspond à l'efficacité réelle de la norme.

Or, selon cet auteur, le droit sociologiquement en vigueur mais invalide (invalide du point de vue axiologique, c'est-à-dire injuste ; ou invalide du point de vue normatif, c'est-à-dire contraire à une norme supérieure) demeure du droit ; c'est du « droit positif »⁷. La théorie s'avère confuse, en particulier en raison de l'ambiguïté de l'usage du mot « droit ». La question cruciale est la suivante : un droit effectif (sociologiquement en vigueur dans la terminologie de l'auteur) fournit-il ou non un motif autonome pour une action déterminée ? Si la réponse est positive, il est possible de dire que le droit sociologiquement en vigueur mais axiologiquement et normativement invalide est en réalité du droit. S'il en est ainsi, le droit finirait par être un pur ordre d'efficacités, ce qui semble peu compatible avec la perspective jusnaturaliste que (sans grand succès, d'ailleurs) l'auteur prétend défendre. Si, au contraire, la réponse est négative, on en vient en réalité à dire une vérité de La Palice : qu'il y a, d'un côté, un ordre valide qui est véritablement du droit et, d'un autre côté, un ordre d'efficacités qui ne l'est pas.

Aussi à contre-courant de la perspective majoritaire, certains auteurs proposent un concept politique de la Constitution et suggèrent en conséquence que le Droit Constitutionnel n'est autre qu'une branche de la Science Politique. Sous cet angle, le Droit Constitutionnel a pour objet l'étude des relations de pouvoir et de coexistence sociale, qui s'expriment au sein d'une organisation politique globale⁸. La Constitution combinerait donc tant les normes juridiques positives qualifiées de fondamentales que les aspects issus de la réalité sociale relatifs au fonctionnement effectif des institutions politiques et sociales. Cette perspective semblerait vouloir enrichir la perspective normativiste classique avec une étude empirique sur les relations de pouvoir.

Cependant, ce type de propositions souffre de deux problèmes fondamentaux. D'une part, dans la majorité des cas, il s'agit d'un ensemble d'affirmations posées dans l'introduction de manuels ou de traités qui, au moment de passer à l'étude concrète des institutions constitutionnelles, finissent par réaliser une étude classique de nature formelle-normativiste. D'autre part, la délimitation même de l'objet du Droit Constitutionnel a tendance à être assez vague, se limitant à des affirmations génériques sur la nécessité d'étudier la réalité sociale, mais sans développer concrètement ce qui devrait être inclus dans le champ du « juridique » par opposition aux « pratiques réelles ». Nous reviendrons sur ce point plus bas, en traitant de la relation entre la Constitution formelle et la Constitution matérielle.

B. La Constitution formelle et la Constitution matérielle

Il est également habituel, dans la doctrine argentine, de reconnaître la dualité du concept de Constitution : en tant que Constitution formelle (c'est-à-dire norme ou ensemble de normes identifiées d'une manière déterminée, comme souligné précédemment) et en tant que Constitution

⁷ G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., tome I, nos. 30-32.

⁸ Voir, par exemple, G. Badeni, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, nos. 1-3.

matérielle (c'est-à-dire pratiques sociales rapportées à une certaine matière, identifiée de façon plus ou moins semblable à la manière dont on identifie la Constitution formelle).

Il existe d'ailleurs au moins deux manières différentes de concevoir la Constitution matérielle⁹. Dans une première perspective, la Constitution matérielle s'identifie à une certaine régularité de comportements dans le champ qualifié de propre au Droit Constitutionnel. Dans une autre perspective, en revanche, la Constitution matérielle correspond à l'organisation effective de l'État manifestée dans un ordre de normes non écrites, c'est-à-dire de normes coutumières. Remarquons bien la différence : c'est une chose de dire que la Constitution matérielle est donnée par un ensemble de pratiques effectives, comme c'est le cas dans la première perspective, et c'est une tout autre chose de dire que cet ensemble de pratiques effectives s'identifie à, ou constitue le mode de création de, certaines normes. La première perspective est purement sociologique ; la seconde est normativo-sociologique, car elle suppose de dériver de l'efficacité des pratiques la validité d'une certaine norme. La doctrine argentine est souvent ambiguë quant à savoir dans quels cas la simple régularité effective se transforme en une régularité normative. Nous reviendrons sur ce point plus bas, au moment de parler des normes coutumières.

Comme il vient d'être expliqué dans la section précédente, la conception dominante de la Constitution est de nature normativiste et positiviste, de sorte que l'objet du Droit Constitutionnel est bien la Constitution formelle. En accord avec la perspective positiviste et normativiste dominante, les traités ou manuels usuels se concentrent sur l'étude des règles du texte de la Constitution écrite et leur interprétation par les tribunaux, en particulier la Cour suprême de justice. Ponctuellement, ils peuvent ajouter une mention relative à l'efficacité sociologique de telle ou telle norme écrite, accordant ainsi un espace limité au concept de Constitution matérielle.

La doctrine constitutionnelle usuelle explique que le contenu de la Constitution formelle peut coïncider ou non avec celui de la Constitution matérielle. La Constitution formelle coïncide avec la Constitution matérielle lorsque les normes de la première s'appliquent effectivement. Si la Constitution formelle ne s'applique pas effectivement, il existe une dissonance avec la Constitution matérielle. Bien entendu, la coïncidence ou l'absence de coïncidence peut être totale ou partielle : il se peut que la Constitution formelle ne soit pas appliquée en tout ou en partie. Le défaut d'application de la Constitution formelle, ou d'une partie de celle-ci, peut survenir parce que cette Constitution ou une partie d'elle n'a jamais été effectivement appliquée, ou parce qu'elle l'a été pendant un certain temps et a cessé de l'être.

Dans ce même sens, il est d'usage de trouver dans la doctrine argentine la classification des Constitutions de Karl Loewenstein. Ainsi, les Constitutions pourraient être normatives (lorsqu'elles sont effectives dans les communautés qu'elles régissent), nominales (lorsqu'elles ne sont pas effectives faute de s'adapter à la structure réelle du pouvoir, mais conservent au moins une fonction éducative) et sémantiques (lorsqu'elles formalisent simplement la structure du pouvoir réel au profit de ceux qui l'exercent)¹⁰. Dans les cas de la Constitution (formelle) normative et de la Constitution (formelle) sémantique il existerait donc une correspondance entre la Constitution formelle et la Constitution matérielle. Ce ne serait pas le cas pour la Constitution nominale.

⁹ Voir une étude plus détaillée dans R. G. Ferreyra, *Fundamentos Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, pp. 188-211.

¹⁰ Voir, par exemple, M. A. Ekmekdjian, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, p. 26.

L'inadéquation entre la Constitution formelle et la Constitution matérielle est ce que certains auteurs ont identifié comme une *mutation* de la Constitution formelle. Ainsi, de nouvelles dispositions peuvent être incorporées à la Constitution formelle (*mutation par addition*) ou soustraites de la Constitution formelle (*mutation par soustraction*). Dans les deux cas, la mutation peut avoir lieu par un acte individuel qui ne respecte pas la procédure prévue dans la propre Constitution formelle, par un acte interprétatif ou par une répétition d'actes qui, sous certaines conditions, pourrait être qualifiée de norme coutumière. Si cette mutation suppose une simple violation de la norme juridique ou, par contre, une modification de celle-ci dépend du point de vue adopté sur les rapports entre le normatif et le sociologique. Cette problématique sera abordée dans la section suivante à propos du droit coutumier *contra legem*.

Finalement, l'expression *déconstitutionnalisation* fait référence au défaut absolu de correspondance entre la Constitution formelle et la Constitution matérielle. En Argentine, les Constitutions de 1819 et de 1826 ont été adoptées selon une procédure qu'on pourrait en principe considérer comme apte pour l'adoption d'une Constitution, mais n'ont pas eu de vigueur effective en raison de la structure unitaire du pouvoir qu'elles consacraient et qui fut rejetée par les autorités provinciales¹¹. À la différence des mutations constitutionnelles, il paraît que l'idée de déconstitutionnalisation implique toujours la perte de la force normative des énoncés du texte constitutionnel.

Or, malgré ces quelques considérations générales sur les rapports entre la norme formellement valide selon un certain critère (positiviste et normativiste) et son efficacité réelle, la doctrine constitutionnelle argentine n'a pas développé une réflexion systématique sur les conditions sociologiques les plus aptes pour l'efficacité de la Constitution formelle. Il existe, certes, des études relatives à des aspects spécifiques du Droit Constitutionnel¹².

Une exception remarquable à cet égard est l'œuvre de Carlos Santiago Nino, qui, dès les années 90, s'interrogeait sur la relation entre le contexte socio-économique et l'attachement de la population aux valeurs de la démocratie libérale, en mettant l'accent sur la nécessité de prêter attention aux fondements économiques de la démocratie. L'objectif central de son ouvrage *Fundamentos de Derecho Constitucional* est, en effet, de trouver le moyen d'adapter les pratiques constitutionnelles en vigueur (dans notre terminologie, la Constitution matérielle) afin de les rapprocher de la situation qui les rendrait subjectivement légitimes (c'est-à-dire socialement acceptées par les citoyens dans la mesure où ceux-ci développent des attitudes de loyauté envers elles) et objectivement légitimes (c'est-à-dire validées par certaines valeurs morales)¹³.

Cette tâche de fondation constitutionnelle s'éloigne, d'une part, de la perspective habituelle du Droit Constitutionnel, qui consiste à adopter un point de vue interne sur le droit, lequel présume la validité des normes pertinentes sans les soumettre à une analyse systématique à partir de certaines valeurs morales qui pourraient les justifier ou les rejeter. Le Droit Constitutionnel se désintéresse

¹¹ M. A. Ekmekdjian, *Manual de la Constitución argentina*, cit., p. 30.

¹² Par exemple, R. G. Ferreyra, « Rasgos de la democracia argentina. Eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008: ¿división de poderes y democracia delegativa versus protección de la libertad? », *Estudios Constitucionales*, 7(2), 2009, pp. 255-278. L. E. Caro Zottola, « Sentencias judiciales y efectividad de derechos constitucionales. Un análisis desde las categorías de cultura política y jurídica », *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 17(25), 2013, pp. 299-316.

¹³ C. S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit.

en outre, comme on l'a dit, des conditions socio-structurelles qui rendent ces normes et pratiques viables, c'est-à-dire capables de susciter l'adhésion des citoyens. La Science Politique, pour sa part, bien qu'elle apporte des contributions empiriques sur les conditions de viabilité et de stabilité des systèmes constitutionnels, fait abstraction tant de l'évaluation morale des normes et pratiques constitutionnelles que de l'importance du point de vue interne du Droit Constitutionnel. Pour Nino, les pratiques constitutionnelles se développent à travers des raisonnements pratiques qui sont un cas particulier des raisonnements moraux. Ces raisonnements pratiques doivent inclure les valeurs morales qui permettent de justifier certains comportements, le point de vue interne du droit positif et la prise en compte des conditions empiriques qui rendent viable et stable un système constitutionnel déterminé¹⁴.

II. La coutume *contra legem* comme source du Droit Constitutionnel

La doctrine argentine reconnaît la coutume comme une source de Droit Constitutionnel. La définition de la coutume utilisée est généralement une définition standard, qui l'identifie aux normes issues de pratiques sociales généralisées, constantes et uniformes, adoptées avec la conviction qu'elles sont obligatoires, c'est-à-dire juridiquement exigibles. L'idée de généralisation est identifiée au fait que les pratiques sociales sont exécutées par la totalité des acteurs sociaux impliqués dans une situation déterminée. La constance implique une certaine permanence dans le temps. L'uniformité, enfin, suppose l'absence de comportements contraires.

Il s'agit, dans tous les cas, de concepts hautement indéterminés et il n'apparaît pas clairement quel serait le degré de généralisation exigé (si tous, absolument tous les acteurs concernés respectaient la norme, aucune norme ne serait en fait nécessaire), quelle est la durée nécessaire à la cristallisation de la norme (mois, années, décennies...) ni quelle est l'uniformité requise (pour la même raison mentionnée concernant la généralité, l'uniformité ne peut jamais être totale). D'autre part, la doctrine est d'accord pour classer les coutumes en coutumes *secundum legem* (c'est-à-dire coutumes qui interprètent la Constitution formelle) ; coutumes *praeter legem* (c'est-à-dire coutumes qui complètent la Constitution formelle) ; et coutumes *contra legem* (c'est-à-dire coutumes qui modifient la Constitution formelle).

L'acceptation de la coutume *secundum legem* ne pose pas de problème dans la doctrine. La coutume *praeter legem* est aussi acceptée comme une voie pour combler les lacunes du texte de la Constitution formelle, c'est-à-dire, comme une source ayant une fonction d'intégration par rapport à la Constitution formelle. Il est parfois ajouté, comme condition de validité, que la coutume *praeter legem* ne s'oppose pas à l'esprit ou à la lettre du texte constitutionnel¹⁵.

La situation de la coutume *contra legem* est beaucoup plus difficile. Le point de départ est le constat qu'il existe certaines normes de la Constitution formelle qui, en fait, n'ont jamais été appliquées ou l'ont été seulement pendant un certain temps. Par exemple, les normes fixant un revenu annuel comme condition pour être président, vice-président et sénateur, ainsi que celles prévoyant les procès criminels par jury, n'ont jamais été appliquées. De même, jusqu'à la réforme

¹⁴ C. S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit.

¹⁵ Voir, par exemple, G. Badeni, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., nos. 7-8.

constitutionnelle de 1994, la norme exigeant l'autorisation du Congrès pour que le président de la République quitte la ville capitale n'a pas été appliquée (cette norme a été éliminée du texte en 1994).

Une partie de la doctrine rejette la possibilité des normes coutumières contraires à la Constitution formelle, c'est-à-dire la possibilité qu'une pratique généralisée, constante et uniforme adoptée avec la conviction de son caractère obligatoire devienne une véritable *norme* juridique si elle est contraire à la Constitution formelle. Cela supposerait en effet, dans le contexte d'une Constitution écrite et rigide comme la Constitution argentine, un détournement du pouvoir constituant dans la mesure où cela s'apparenterait à une modification constitutionnelle effectuée par une voie qui n'est pas constitutionnellement prévue¹⁶.

D'autres auteurs, par contre, se plient à un certain sociologisme pratique et reconnaissent la portée de la coutume *contra legem* dans la réalité institutionnelle. C'est le cas de ceux qui admettent la possibilité d'une *dérégation sociologique* comme le phénomène où la pratique des gouvernants ou de la société instaure une norme effective opposée au texte écrit. Ainsi, si le positivisme normativiste strict refuse toute validité théorique à la coutume *contra legem*, la réalité du droit constitutionnel matériel constate la perte d'efficacité (le *démontage*) de la norme écrite tombée en désuétude¹⁷.

L'auteur le plus emblématique de la doctrine constitutionnelle argentine qui reconnaît et théorise la portée du droit coutumier *contra legem* est Germán Bidart Campos. Il accepte la possibilité d'un droit coutumier *contra legem* dans le cadre de sa théorie trialiste du droit en distinguant deux niveaux d'analyse : 1) au niveau de la Constitution formelle, la coutume *contra legem* est considérée comme inconstitutionnelle d'un point de vue purement normatif ; 2) au niveau de la Constitution matérielle (dimension sociologique), Bidart Campos reconnaît que la coutume *contra legem* est une source réelle et effective de droit. Pour cet auteur, la réalité sociologique du pouvoir l'emporte alors sur la norme formelle : la coutume *contra legem* vide la disposition constitutionnelle écrite de son efficacité et devient la véritable règle régissant le fonctionnement réel de l'État¹⁸.

Cette explication sur la coutume *contra legem* reproduit les ambiguïtés de la conception trialiste. Il paraît en effet comme s'il s'agissait de deux chemins parallèles : d'une part, la norme formelle, qui reste du droit malgré la pratique contraire ; d'autre part, la norme sociologique, qui est aussi du droit malgré sa non-conformité avec la norme formelle. La confusion est encore plus grande lorsque l'auteur fait aussi intervenir le troisième aspect de sa théorie : l'aspect axiologique. Pour l'auteur, la validité de la norme coutumière *contra legem* dépend non seulement du fait qu'elle s'impose réellement, mais aussi du fait qu'elle soit matériellement juste¹⁹. Toute l'ambiguïté de l'idée iusnaturaliste de justice est donc reprise, non seulement en relation avec la validité de la norme formelle, mais aussi de celle de la norme sociologique.

Allant encore plus loin, l'auteur accepte même ce qu'il appelle le *droit spontané* : la génération d'une norme juridique non pas à partir de la répétition de comportements, mais à partir d'un seul

¹⁶ Par exemple, G. Badeni, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., nos. 7-8. M. A. Ekmekdjian, *Manual de la Constitución argentina*, cit., pp. 28-30.

¹⁷ N. P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2003, no. 154.

¹⁸ G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., tome I, nos. 18-22.

¹⁹ G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., tome I, no. 32.

ou de quelques comportements²⁰. Il s'agirait de comportements qui acquièrent rapidement une valeur d'exemplarité, c'est-à-dire qui deviennent des comportements modèles pour des conduites futures. Ainsi, pour la naissance du droit spontané il est indispensable que le comportement soit exécuté par quelqu'un qui détient le pouvoir, ce qui permettrait au comportement de se socialiser et de s'ériger rapidement en comportement modèle²¹. Le droit spontané se comporterait de la même manière que le droit coutumier, de sorte que lorsqu'il s'agit d'un droit spontané *contra legem* les ambiguïtés conceptuelles de la théorie reapparaissent.

En plus, il est difficile de comprendre le sens exact du concept de droit spontané, entre autres parce que les exemples donnés par l'auteur chevauchent ceux que d'autres auteurs donnent pour désigner le droit coutumier. C'est le cas des pratiques qui complètent la régulation formelle, très laconique, du régime de la réforme constitutionnelle : tandis que certains auteurs y voient un exemple de coutume constitutionnelle, Bidart Campos les considère comme un cas de droit spontané. D'autres cas pourraient être plus facilement compris comme relevant du droit spontané : par exemple, à deux reprises dans l'histoire constitutionnelle argentine, la vice-présidence est devenue vacante pour des motifs autres que l'accession du vice-président à la présidence (1928 et 1958) et il a été procédé à l'élection d'un nouveau vice-président. Pour Bidart Campos, ce serait un exemple de norme constitutionnelle apparue spontanément : la norme qui ordonne d'élire un nouveau vice-président en cas de vacance²².

Cependant, dans au moins deux autres cas, la vice-présidence est devenue vacante dans des situations similaires et il n'a pas été procédé à l'élection d'un nouveau vice-président. Pourquoi devrait-on dès lors interpréter qu'il existe une norme constitutionnelle qui ordonne d'élire un nouveau vice-président et non, au contraire, qu'il existe une norme constitutionnelle disant que la vice-présidence doit rester vacante ? Il y a autant de raisons d'interpréter qu'il existe une norme constitutionnelle dans un sens que dans un autre. Plus encore, lorsqu'il s'agit de droit spontané *contra legem*, la détermination de la différence entre le droit apparu spontanément et la simple violation de la Constitution formelle devient floue ou impossible. En dernier ressort, cela dépend des préférences personnelles de l'interprète. C'est pourquoi, comme on le verra dans la section suivante, le concept de droit spontané présente une ressemblance dangereuse avec la doctrine des gouvernements *de facto*.

III. La théorie des gouvernements *de facto* : la violation systématique de la Constitution convertie en norme constitutionnelle

Comme cela a été expliqué au début, cette section du rapport est consacrée à l'étude de l'évolution d'une théorie jurisprudentielle, cautionnée par une partie de la doctrine constitutionnaliste, relative à la légitimité constitutionnelle des gouvernements *de facto*. Le concept de gouvernement *de facto* constitue l'une des catégories les plus complexes, controversées et tragiques de l'histoire constitutionnelle de la République Argentine. Après quelques premières

²⁰ Voir aussi cette théorie, sous la dénomination de *droit soudain* dans N. P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, cit., no. 145.

²¹ G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., tome I, nos. 23-26.

²² G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., tome I, nos. 23-26.

appréciations conceptuelles (A), cette section se concentrera sur l'évolution de la théorie dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice et la doctrine constitutionnelle (B), pour conclure enfin par l'analyse du sujet à la lumière de la Constitution (formelle) actuellement en vigueur (C).

A. La théorie des gouvernements *de facto*

Le point de départ de cette section est la distinction entre les gouvernements *de jure*, c'est-à-dire ceux qui ont accédé aux fonctions gouvernementales en respectant les règles de la Constitution formelle, et les gouvernements *de facto*, c'est-à-dire ceux établis par un acte de force contraire aux normes de la Constitution formelle. Il est évident que la réalité historique est beaucoup plus complexe : il peut y avoir, par exemple, des cas dans lesquels il existe une rupture de l'ordre constitutionnel formel dans la façon dont certaines autorités sont arrivées à exercer leurs fonctions, tandis que d'autres autorités continuent d'être choisies selon les procédures établies dans la Constitution formelle (par exemple, un coup d'État qui remplace le président mais maintient le Congrès en fonctionnement). Il est également possible que la rupture de l'ordre formel de la Constitution soit plus ou moins grande (par exemple, que certains députés, mais pas tous, aient été élus ou remplacés de manière frauduleuse) ou même que le respect des règles formelles de la Constitution ait fait l'objet de controverses (par exemple, parce qu'il est débattu de savoir si les procédures qui ont conduit à l'élection d'une autorité ont été transparentes ou non).

Cependant, en raison de la limitation de l'espace disponible, le sujet sera traité en considérant la réalité des gouvernements *de facto* comme s'il s'agissait d'une entité uniforme et unitaire. Pour ce faire, un ordre chronologique sera suivi, en considérant le sujet à la lumière de l'expérience historique argentine. Par souci de simplicité, et sans préjudice de quelques mentions ponctuelles, nous nous référerons dans ce rapport aux fonctionnaires constitutionnels qui occupent les plus hautes fonctions de l'État, en laissant de côté la problématique (propre au Droit Administratif) relative au personnel de l'Administration de l'État dont la désignation aurait pu être entachée de vices d'un point de vue constitutionnel ou légal.

La question des gouvernements *de facto* a suscité l'attention des théoriciens constitutionnels et politiques dans divers pays et, en fait, l'expérience argentine témoigne de la réception de plusieurs de ces théories étrangères. La référence incontournable en ce sens est l'œuvre du juriste canadien Albert Constantineau *A Treatise on De Facto Doctrine*, qui a été citée dans les précédents de la Cour suprême argentine. Le but principal de ce traité était de systématiser, structurer et clarifier un volume massif de jurisprudence dispersée des tribunaux d'Angleterre, des États-Unis et du Canada, en unifiant sous des principes rationnels une doctrine née pour résoudre les tensions entre la légalité formelle du titre d'un fonctionnaire et la nécessité de certitude juridique dans la société²³.

Pour Constantineau, un fonctionnaire *de facto* est celui qui détient la possession d'une charge publique et exerce ses fonctions sous l'apparence ou la couleur d'autorité (*color of authority*), bien que sa nomination ou son élection soit défectueuse, invalide ou ait expiré. Pour qu'il existe un fonctionnaire *de facto*, il doit y avoir préalablement une charge *de jure*, dont la personne exerce effectivement les fonctions sous une apparence de légitimité. Cette apparence peut dériver d'une

²³ A. Constantineau, *A Treatise on De Facto Doctrine*, Toronto, The Canada Law Book Co., 1910.

nomination ou d'une élection en apparence valide mais comportant un vice caché, d'une nomination en vertu d'une loi inconstitutionnelle, du maintien dans la charge au-delà de l'expiration du mandat, ou d'une réputation ou acquiescement public durable. Constantineau postule que les actes du fonctionnaire *de facto* doivent être considérés comme valides afin de protéger l'ordre social et les tiers de bonne foi. Bien que l'auteur admette la possibilité de contester le fonctionnaire lui-même dans le but de faire cesser ses fonctions de fait, les actes produits sous l'apparence de la légitimité doivent être considérés comme valides.

B. L'évolution de la théorie dans le Droit Constitutionnel argentin

Après la bataille de Pavón (17 septembre 1861) et la démission consécutive du président Santiago Derqui, une paralysie des autorités supérieures de la Confédération argentine s'est produite²⁴. Bartolomé Mitre, en tant que gouverneur de Buenos Aires, a assumé provisoirement le gouvernement national sous le titre de « chargé du Pouvoir exécutif national ». Durant cette période d'inter règne et de reconstruction institutionnelle, Mitre a édicté des dispositions à valeur normative qui répondaient à l'urgence de l'État. Par la suite, Mitre a convoqué des élections nationales et a rétabli la continuité institutionnelle avec l'installation formelle du Congrès et la mise en place de la Cour suprême de justice en 1863. Il a lui-même été constitutionnellement élu président cette année-là.

Au cours de ses premières décennies de fonctionnement, la Cour suprême a dû se prononcer sur la validité des actes judiciaires et administratifs édictés par les autorités de régimes révolutionnaires provinciaux ou de la Confédération elle-même, comme ce fut le cas pour l'action de Mitre en tant que chargé du Pouvoir exécutif. Dans des affaires fondatrices telles que l'arrêt « Baldomero Martínez » (Fallos 2:127, 1865), dans lequel devait être tranchée la validité d'une lettre de change annulée par Mitre en tant que chargé provisoire du Pouvoir exécutif, la Cour suprême a accepté la validité des actes émanant de fonctionnaires dont le titre formel était irrégulier ou provisoire, en appliquant la doctrine du fonctionnaire *de facto* issue de la *common law*.

Le fondement de la décision de la Cour suprême résidait dans la volonté d'éviter l'anarchie et de garantir la protection des droits des tiers de bonne foi ainsi que la stabilité patrimoniale. Les premiers traités de Droit Constitutionnel argentin ont oscillé entre des positions plus ou moins permissives. Pour Manuel Montes de Oca, les actes d'administration courante accomplis par un gouvernement *de facto* (par exemple : actes d'état civil, contrats de droit privé, opérations de maintien de l'ordre) devaient être reconnus comme valides au bénéfice des tiers de bonne foi²⁵. Par contre, José Manuel Estrada a rejeté de manière catégorique la possibilité qu'un gouvernement révolutionnaire ou usurpateur exerce valablement des fonctions constitutionnelles, car pour lui la force brute ne pourrait pas générer le droit²⁶.

²⁴ Pour une étude plus détaillée, voir E. Groisman, « Los gobiernos de facto en el derecho argentino », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 1989, pp. 35-45. J. N. Diana, « Discurso jurídico y derecho administrativo. Doctrina de facto y emergencia económica », en A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2012, tome 6. C. Morel, « Golpes de Estado en Argentina. Teoría de los gobiernos de facto », *Revista Electrónica de Direito*, 48, 2022, pp. 13-37.

²⁵ M. Montes de Oca, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Imprenta de La Nación, 1902-1903.

²⁶ J. M. Estrada, *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1897.

La doctrine des gouvernements *de facto* a connu un développement fondamental tout au long du XXe siècle, au rythme des coups d'État qui ont interrompu la continuité constitutionnelle en Argentine. En 1930, le renversement du président constitutionnel Hipólito Yrigoyen par un mouvement militaire mené par le général José Félix Uriburu a marqué la première rupture systématique de l'ordre constitutionnel sous la vigueur de la Constitution de 1853/1860. Uriburu s'est autoproclamé « président du Gouvernement provisoire » et a communiqué formellement l'installation du nouveau régime à la Cour suprême de justice.

Le 10 septembre 1930, la Cour suprême a rendu la célèbre *Acordada* de 1930 (Fallos 158:391, 1930). Dans ce prononcé, la Cour a affirmé littéralement que le gouvernement issu du coup d'État militaire possédait « les forces armées et de police nécessaires pour assurer la paix et l'ordre public, et par conséquent pour protéger la vie, la liberté et la propriété des personnes » et que, pour cette raison, ce gouvernement était « un gouvernement de fait dont le titre ne peut être contesté judiciairement avec succès par les personnes ». Selon la Cour, pour que les actes édictés par les autorités *de facto* soient valides, il fallait que soit remplie la condition que ces autorités soient en possession effective de la force publique et qu'elles soient capables de maintenir l'ordre et la paix sociale. De plus, la Cour a incorporé une limitation fondamentale : le gouvernement *de facto* ne pouvait exercer que les fonctions administratives et législatives indispensables à l'accomplissement de ses fins, sans pouvoir altérer la Constitution.

Pour justifier sa position, la Cour a cité l'œuvre de Constantineau, tout en déformant partiellement le point de vue de cet auteur. D'une part, parce que la doctrine de Constantineau était prévue pour des fonctionnaires administratifs agissant dans le cadre d'un régime qui, globalement, respectait les principes de la Constitution formelle. D'autre part, parce que ce que proposait Constantineau était que les actes édictés par les autorités *de facto* devaient, dans certaines circonstances, être considérés comme valides ; mais il n'excluait en aucun cas, comme l'a fait la Cour suprême argentine, que soit contestée la légitimité même du fonctionnaire usurpateur afin de le destituer de ses fonctions et éviter qu'il ne continue à édicter des actes *de facto* à l'avenir.

Bien que la réaction de la doctrine constitutionnelle de l'époque (par exemple, Carlos Sánchez Viamonte²⁷ et Rafael Bielsa²⁸) ait été critique face à l'*Acordada*, la Cour suprême a accentué sa position. Après le coup d'État militaire du 4 juin 1943 qui a renversé le président Castillo, la Cour a rendu une nouvelle *Acordada* (Fallos 196:5, 1943), qui a confirmé la doctrine de 1930. Au cours de cette période, le Pouvoir exécutif *de facto* a commencé à édicter des normes à caractère législatif ayant force de loi, appelées *décrets-lois*. La Cour suprême a dû définir si un gouvernement non élu pouvait exercer les compétences législatives que l'article 67 (actuel article 75) de la Constitution réservait au Congrès. Dans « *Municipalidad de Buenos Aires c/ Carlos Mayer* » (Fallos 201:249, 1945), tout en confirmant la validité des décrets-lois promulgués pendant le régime *de facto*, la Cour a tenté d'imposer une exigence formelle : la vigueur de ces normes était conditionnée par l'existence d'un état de nécessité et subsisterait tant que le gouvernement *de facto* se maintiendrait au pouvoir.

²⁷ C. Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946. C. Sánchez Viamonte, *El gobierno de facto*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1956.

²⁸ R. Bielsa, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959.

Cette dernière condition (la subsistance des décrets-lois seulement pendant la durée du gouvernement *de facto*) a suscité d'importants problèmes au cours des années suivantes. En 1946, avec l'élection constitutionnelle du président Juan Domingo Perón et la réouverture du Congrès, la doctrine juridique argentine s'est trouvée confrontée à un dilemme fondamental : qu'advenait-il des milliers de décrets-lois édictés entre 1943 et 1946 une fois l'ordre constitutionnel rétabli ? Deux thèses opposées ont émergé : selon la thèse de la caducité, les décrets-lois caduquaient automatiquement lors de l'installation du nouveau gouvernement constitutionnel, sauf ratification expresse par le Congrès ; selon la thèse de la continuité, les décrets-lois demeuraient en vigueur jusqu'à ce que le Congrès les abroge ou les modifie expressément ou implicitement.

La Cour suprême a réaffirmé son critère précédent en optant catégoriquement pour la thèse de la continuité. Dans l'affaire « Ziella c/ Smirnoff » (Fallos 209:25, 1947), le haut tribunal a soutenu que les décrets-lois édictés par un gouvernement *de facto* dans l'exercice de prérogatives législatives ont la même valeur et la même permanence que les lois ordinaires du Congrès. Bien que la ratification législative, selon cette interprétation, fût inutile, le Congrès a ultérieurement promulgué des lois de ratification massive afin de doter le système de sécurité juridique, validant en bloc la législation de fait de la période précédente.

En 1947, le Congrès, à majorité péroniste, a promu et mis en œuvre un procès d'*empeachment* (*juicio político*) contre les magistrats de la Cour suprême qui avaient signé les *Acordadas* de 1930 et 1943. L'accusation principale était le mauvais exercice de leurs fonctions pour avoir légitimé la rupture de l'ordre institutionnel par des actes juridictionnels. Bien que l'accusation fût fondée, il s'agissait d'un acte profondément hypocrite, étant donné que le chef du parti qui promouvait le procès d'*empeachment*, le général Perón lui-même, avait fait partie du gouvernement de fait de 1943.

Après le renversement du président Perón en septembre 1955, le gouvernement militaire pris en main par Eduardo Lonardi puis poursuivi par Pedro Eugenio Aramburu a porté la doctrine *de facto* à un niveau qualitativement supérieur. Par le décret-loi 3838/55 et la proclamation du 27 avril 1956, le gouvernement dictatorial a décidé de déclarer caduque et inopérante la réforme constitutionnelle qui avait eu lieu en 1949 (c'est-à-dire sous le gouvernement péroniste) et de rétablir la vigueur de la Constitution de 1853 avec les réformes de 1860, 1866 et 1898, pour autant qu'elle ne s'opposait pas aux « fins de la révolution ». Le gouvernement *de facto* a décidé, en outre, de convoquer une Convention Constituante en 1957 pour la réforme de la Constitution (ce qui a finalement eu lieu).

Bien que les gouvernements *de facto* précédents se fussent installés au pouvoir en enfreignant dans les faits les normes constitutionnelles, aucun jusqu'alors n'avait déclaré formellement que la Constitution demeurerait subordonnée à des fins extraconstitutionnelles qui lui étaient supérieures. En fait, l'argument des coups d'État antérieurs (en 1930 et en 1943) avait été la défense de la Constitution elle-même. D'autre part, aucun des gouvernements *de facto* précédents n'avait fait un usage du pouvoir constituant avec la prétention de modifier le texte de la Constitution formelle dans l'intention que cette modification perdure au-delà du gouvernement *de facto* lui-même.

La doctrine constitutionnelle de cette période a cherché à limiter les effets de la théorie des gouvernements *de facto*, bien que sans s'y opposer radicalement. Germán J. Bidart Campos a commencé à élaborer sa théorie sur la validité précaire et provisoire des actes *de facto*, en soutenant

que la législation émanant de la force ne possède qu'une tolérance systémique fondée sur la nécessité, mais manque de légitimité ontologique pure²⁹. Cette perspective repose cependant sur l'ambiguïté des rapports entre le normatif et le sociologique qui a été indiquée plus haut dans le commentaire du point de vue de cet auteur.

Le coup d'État du 28 juin 1966, qui a renversé le président Arturo Illia et instauré le général Juan Carlos Onganía, a radicalement altéré encore une fois l'ordonnance normative. Le régime a promulgué le « Statut de la Révolution argentine » que prétendait se placer au-dessus de la Constitution formelle de 1853. Cette Constitution ne devait être considérée valide que dans la mesure où elle ne s'opposait pas au Statut. En dessous du Statut et de la Constitution se trouvaient les lois ordinaires, édictées par le gouvernement *de facto* lui-même.

Avec le coup d'État du 24 mars 1976 qui a instauré le « Procès de réorganisation nationale » le schéma institutionnel *de facto* a atteint son niveau maximal de sophistication autoritaire. La Junte militaire (intégrée par les commandants en chef des trois Forces armées) s'est attribué le « pouvoir suprême de la République ». Ont été édictés l'Acte pour le Procès de réorganisation nationale et le Statut pour le Procès de réorganisation nationale, tous deux placés hiérarchiquement au-dessus de la Constitution formelle de 1853. Il a été créé la Commission de conseil législatif, un organe composé d'officiers supérieurs des Forces armées qui intervenait dans la rédaction et la sanction des normes *de facto* promulguées sous le nom de *lois* (à la différence de la dénomination traditionnelle de *decrets-lois*).

Entre 1976 et 1983, des milliers de lois *de facto* ont été édictées. La justification juridique soutenue par le régime et acceptée avec des nuances diverses par la doctrine alignée s'articulait autour de la souveraineté révolutionnaire originaire (la prétention que le triomphe militaire conférait un pouvoir constituant) et de la refondation institutionnelle (la capacité de déroger, suspendre ou altérer la législation ordinaire et les codes de fond au nom de la sécurité nationale).

Durant cette période, la Cour (composée de juges nommés par la Junte militaire) a maintenu en général une posture de confirmation dogmatique et formelle des normes dictatoriales. Cependant, face à l'effondrement du système de garanties et à la présentation massive de recours de *habeas corpus* pour des personnes détenues-disparues, le tribunal a rendu quelques décisions dans lesquelles il a exprimé l'impotence ou la limitation du Pouvoir judiciaire face à l'action illégitime des forces de sécurité. Dans l'arrêt « Pérez de Smith, Ana María et autres » (Fallos 297:338, 1977 et Fallos 300:1282, 1978), la Cour suprême a exhorté le Pouvoir exécutif *de facto* à enquêter sur le lieu où se trouvaient les milliers de détenus-disparus au sujet desquels le gouvernement déclarait ne pas avoir d'informations, reconnaissant la faillite de la protection judiciaire effective.

Dans les derniers moments du régime, la Junte militaire a édicté la loi 22.924 (dite de « Pacification nationale »), en vertu de laquelle elle prétendait accorder une amnistie et une immunité pénale à tous les membres des Forces armées pour les crimes commis entre le 24 mars 1976 et le 10 décembre 1983. Cet acte a représenté la dernière et la plus controversée des tentatives d'auto-validation législative *de facto* de l'histoire argentine.

C. La transition démocratique et le cadre constitutionnel actuel

²⁹ G. J. Bidart Campos, *Constitución y revolución en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1956.

Avec l'investiture du président Raúl Alfonsín le 10 décembre 1983, la démocratie argentine a entrepris le démantèlement théorique et normatif de la théorie des gouvernements *de facto*. Le premier acte du Congrès réinstallé a été la sanction de la loi 23.040, laquelle a déclaré insanablement nulle *ab initio* la loi d'amnistie. Ce fut la première fois dans l'histoire législative argentine que le Congrès ne dérogeait pas à une norme, mais déclarait sa nullité absolue et son inexistence juridique. Cependant, le Congrès n'a pas déclaré la nullité de toutes les normes à rang législatif édictées par le gouvernement *de facto* précédent.

La Cour suprême renouvelée a rendu un prononcé qui a modifié la doctrine sur la vigueur de la législation *de facto*. Dans l'affaire « Godoy, Walter Omar c/ Universidad Nacional de La Plata » (Fallos 310:1045, 1987), la Cour a affirmé que les lois émanant d'un gouvernement *de facto* manquent de la légitimité constitutionnelle originaire des lois sanctionnées par le Congrès. Néanmoins, pour éviter un vide normatif anarchique, il est maintenu une validité précaire et provisoire de la législation ordinaire *de facto* au contenu abstrait et général (lois fiscales, lois civiles, lois administratives, etc.) tant que le Congrès n'ordonne pas expressément son abrogation ou son remplacement. Les normes *de facto* qui portent atteinte de manière manifeste à des droits constitutionnels indivisibles, altèrent la séparation des pouvoirs ou cherchent à consolider l'impunité des autorités usurpatrices sont, en revanche, radicalement et insanablement nulles.

La Convention constituante réunie en 1994 a décidé d'obturer définitivement toute future fissure théorique qui prétendrait justifier la doctrine des gouvernements *de facto*. À cette fin, il a été incorporé l'article 36 dans le nouveau chapitre constitutionnel relatif aux « nouveaux droits et garanties ». Le texte normatif établi, en ce qui est pertinent, ce qui suit :

« Cette Constitution conservera son empire même si son observation venait à être interrompue par des actes de force contre l'ordre institutionnel et le système démocratique. Ces actes seront insanablement nuls. Leurs auteurs seront passibles de la sanction prévue à l'article 29 [peine pour haute trahison], frappés d'incapacité à perpétuité pour occuper des charges publiques et exclus des bénéfices de la grâce et de la commutation de peines. Auront les mêmes sanctions ceux qui, en conséquence de ces actes, usurperaient des fonctions prévues pour les autorités de cette Constitution ou celles des provinces, lesquels répondront civilement et pénalement de leurs actes. Les actions respectives seront imprescriptibles. Tous les citoyens ont le droit de résistance contre ceux qui exécuteraient les actes de force énoncés dans cet article ».

Avec l'incorporation de l'article 36, le Droit Constitutionnel argentin est passé de la validation pragmatique fondée sur l'état de nécessité (1930) à la fermeture punitivo-normative propre au constitutionnalisme défensif. La doctrine jurisprudentielle des *Acordadas* de 1930 et 1943 est désormais juridiquement proscrite. La question reste ouverte, cependant, sur l'effectivité possible de cette disposition en cas de grave crise politique. Il ne s'agit finalement que d'une simple clause de la Constitution (formelle) qui établit que la propre Constitution (formelle) doit être obéie en toute circonstance.