

Guerre et Constitution

Rapport sur l'Argentine

Fernando Arlettaz
Université de Saragosse

I. La guerre dans la Constitution

1. La guerre dans l'histoire constitutionnelle argentine

Les années qui vont entre 1810 et 1853 peuvent être considérées comme celles de la formation de l'État argentin et de son architecture constitutionnelle. La vie politique de la région qui deviendrait la République Argentine démarra avec la Révolution de Mai 1810, qui déboucha sur la formation du premier gouvernement autonome par rapport aux autorités coloniales espagnoles, même si la déclaration officielle d'indépendance s'attarda encore jusqu'en 1816. La Révolution de Mai 1810 ouvrit donc le processus de développement progressif d'une nouvelle structure politique et constitutionnelle qui donna naissance à la Constitution républicaine et fédérale de 1853. Avec la Révolution commença ainsi une période mouvementée, marquée par l'affrontement, parfois violent, d'intérêts et d'idées divergents. La Constitution de 1853, réformée plusieurs fois (1860, 1866, 1898, 1957 et 1994) et toujours en vigueur en Argentine, est le résultat de ce processus.

La période de formation de l'État est déjà très bien étudiée par les spécialistes du droit constitutionnel et de l'histoire constitutionnelle (parmi beaucoup d'autres, González Calderón, 1930 ; Levaggi, 1991 ; Bidart Campos, 1992 ; Lorenzo, 1994 ; López Rosas, 1996 ; Moreno, 2021) et il n'est ni possible ni utile d'en faire ici le récit détaillé. Il suffira de dire que la formation du premier comité de gouvernement provisoire (qu'on appelle *Primera Junta de Gobierno*) fut suivie d'un grand nombre d'essais d'organisation d'une très courte existence, même s'ils se présentaient parfois avec la volonté de la longue durée. Ainsi, la *Primera Junta* fut remplacée par la *Junta Grande* (1810) quand les députés des provinces s'incorporèrent à ce qui n'avait été jusqu'à ce moment-là qu'un comité de représentants de la ville de Buenos Aires. La *Junta Grande* créa le premier Triumvirat (1811), première esquisse d'un Pouvoir exécutif, vite succédé par le deuxième Triumvirat (1812).

L'Assemblée établie en 1813 (connue, justement, sous le nom d'*Asamblea del Año XIII*) tenta une autre structure exécutive en 1814, avec la création du Directoire. Le Congrès réuni à Tucumán en 1816 (qui se déplaça ensuite à Buenos Aires) déclara officiellement l'indépendance des Provinces Unies de l'Amérique du Sud cette même année-là et adopta en 1819 le premier document qui porte le nom de Constitution. Or, la nature centraliste de la structure politique instaurée par cette Constitution provoqua la réaction des élites provinciales qui vainquirent le Directeur suprême Rondeau dans la bataille de Cepeda (1820), ce qui mena à l'abrogation implicite de la Constitution de 1819 et à la dissolution de toute autorité

nationale. À partir de ce moment-là, les provinces formèrent, par la voie de pactes successifs, une espèce de Confédération de fait dans laquelle chaque gouvernement local gardait une grande marge d'autonomie.

Les tensions entre les centralistes (*unitarios*) et les fédéralistes (*federales*) se maintinrent tout au long des trois décennies qui séparent la bataille de Cepeda en 1820 de l'adoption de la Constitution de 1853. Pendant ces trois décennies il n'y eut pas un véritable gouvernement unifié, mais un ensemble de pactes fédératifs entre les provinces (qui inclut notamment le Pacte Fédéral de 1831) sur la base desquels la province de Buenos Aires prit la charge de la gestion des affaires étrangères communes et de la défense extérieure. Un essai de création d'une structure politique unifiée eut lieu avec le Congrès constituant de 1824, qui en 1826 créa la figure du Président de la République et adopta une Constitution centraliste. Le gouvernement unifié se dissolut cependant en 1827 à cause, entre autres raisons, des conséquences désastreuses de la guerre contre le Brésil. Le régime d'association contractuelle entre les provinces reprit alors toute sa force.

En 1851 un leader provincial, le général Urquiza, se souleva contre le gouverneur de la province de Buenos Aires et, l'année suivante, sortit vainqueur de la bataille de Caseros. Dans ce nouveau contexte politique, les provinces accordèrent, par le Pacte de San Nicolás de 1852, l'établissement d'un Congrès constituant. La province de Buenos Aires n'accepta pas le Pacte et s'érigea en État indépendant. Cette situation dura jusqu'en 1859 quand, après la deuxième bataille de Cepeda, la province de Buenos Aires et l'État argentin signèrent le Pacte de San José de Flores qui permit la réforme constitutionnelle de 1860 et l'incorporation définitive de la province rebelle à l'État argentin. L'art. 31 de la Constitution de 1853/60, qui garantit à la province de Buenos Aires le respect des « accords ratifiés après le Pacte du 11 novembre 1859 », assura certains privilèges en faveur de la province. Cependant, les relations entre les deux entités ne s'apaisèrent qu'après une autre bataille, celle de Pavón en 1861.

Le texte de la Constitution montre bien les traces des guerres civiles qui sont dans sa genèse. En effet, parmi les objectifs constitutionnels énoncés au préambule on trouve ceux de « constituer l'union nationale », de « consolider la paix intérieure » et de « garantir la défense commune » des provinces fédérées. Selon l'art. 106 de la Constitution de 1853 (renuméroté comme art. 109 après la réforme de 1860 et comme art. 127 après la réforme de 1994), « aucune province ne peut déclarer ou faire la guerre à une autre province ». Aussi, selon ce même article, les disputes entre les provinces « doivent être soumises à la Cour suprême de justice et tranchées par elle », les hostilités *de facto* entre les provinces étant des « actes de guerre civile, qualifiés de sédition ou d'émeute, que le gouvernement fédéral doit réprimer conformément à la loi ».

Pendant la période pré-constitutionnelle, la défense du territoire avait été garantie par la création de milices *ad hoc*, formées par les provinces à chaque moment où les circonstances le demandaient et utilisées tant dans la lutte contre les ennemis extérieurs que dans les confrontations inter-provinciales. La Constitution de 1853 reconnut l'existence de ces milices, dont « l'organisation, l'armement et la discipline » correspondaient désormais au Congrès fédéral, gardant les provinces les compétences de la nomination des chefs et des officiers et de l'application des règles de discipline définies par le gouvernement fédéral, sauf pour la partie des milices provinciales mises directement sous l'autorité fédérale, car en ce cas le gouvernement fédéral avait aussi la compétence de leur administration (art. 64.24 de la Constitution de 1853, art. 67.24 après la réforme de 1860 et supprimé par la réforme de 1994).

Or, si les provinces gardaient certaines compétences relatives à l'administration de leurs milices, la mobilisation de ces milices ne pouvait être ordonnée que par le Congrès fédéral. C'était à lui qui correspondait l'autorisation pour « la réunion des milices de toutes les provinces, ou d'une partie d'elles, en cas de nécessité pour l'exécution des lois de la Confédération, pour contenir des insurrections ou pour repousser des invasions » (art. 64.24 de la Constitution de 1853, art. 67.24 après la réforme de 1860 et supprimé par la réforme de 1994). Les provinces ne pouvaient pas « armer des navires de guerre ou lever

des armées » (art. 105 de la Constitution de 1853, renuméroté comme art. 108 en 1860 et comme art. 126 en 1994). L'exception à cette interdiction, contenue dans le même article (« sauf dans le cas d'une invasion étrangère ou d'un danger si imminent qu'il n'admet pas de retard, en faisant ensuite rapport au gouvernement fédéral ») semble avoir été abrogée par la pratique postérieure, même si elle est toujours écrite dans le texte formel de la Constitution.

Suite à la Constitution de 1853/60, une stratégie de consolidation des institutions étatiques fut mise en place sous les présidences qu'on appelle *fondatrices* : celles de Mitre, Sarmiento et Avellaneda. La création d'une armée professionnelle et unifiée fut un élément central de cette stratégie. En 1854, un décret présidentiel ordonna l'intégration des milices provinciales dans la *Guardia Nacional*, même si l'administration des milices intégrées continuait à être assurée par les gouvernements provinciaux. Peu à peu, les milices provinciales s'incorporèrent à l'armée nationale. La coexistence entre les milices provinciales et l'armée nationale termina avec la Loi 1072 de 1880, qui interdit aux gouvernements provinciaux de détenir toute organisation militaire.

Dans les années de sa formation, la première fonction de l'armée nationale fut l'expansion de la frontière de l'État face aux groupes indigènes qui peuplaient encore la Patagonie et d'autres régions du pays. La Constitution de 1853/60 chargeait le Congrès des fonctions de « garantir la sécurité des frontières » et, en même temps et dans le même alinéa constitutionnel, de « maintenir les relations pacifiques avec les indigènes » et de « promouvoir leur conversion au catholicisme » (art. 64.15 de la Constitution de 1853, art. 67.15 après la réforme de 1860 et art. 75.16 après la réforme de 1994 qui a cependant éliminé les mentions aux indigènes).

La création du Collège Militaire (1869) et de l'École Navale (1872) assura l'instruction professionnelle des officiers, la troupe étant formée par des soldats volontaires ou recrutés par la force. La levée forcée touchait principalement aux vagabonds, criminels et *gauchos* qui ne pouvaient pas démontrer un emploi régulier. En 1901, par la Loi 4031 adoptée pendant la troisième présidence de Roca et sous l'impulsion du ministre Ricchieri, le service militaire obligatoire remplaça le régime des levées. Le service militaire fut réorganisé par les Lois 17531 sur le Service militaire obligatoire (1967) et 19101 sur l'Organisation des armées (1971). Il resta en vigueur jusqu'en 1994, quand la Loi 24429 sur le Service militaire volontaire fut adoptée.

La main dans la main avec l'industrialisation et le nationalisme économique de l'époque, dans les années 40 du XXe siècle s'impose l'idée que l'État argentin devait être capable de se fournir lui-même les armes et les munitions nécessaires pour le fonctionnement de l'armée. Ainsi, en 1941, l'entreprise publique *Fabricaciones Militares* est créée. Dans la même ligne d'inspiration nationaliste, le Président Perón annonça en 1951 que le pays était en conditions de fabriquer la bombe atomique. Des études postérieures ont montré que ceci n'était pas vrai. D'autre part, en 1944, le gouvernement militaire issu du coup d'État de l'année précédente déclara la guerre à l'Allemagne et au Japon. Cette déclaration, faite à un moment où le résultat de la guerre était déjà décidé et malgré l'opposition de plusieurs secteurs du gouvernement d'inspiration fasciste, n'entraîna pas pour autant l'existence d'hostilités réelles entre l'Argentine et ses ennemis.

Comme elle l'avait fait au XIXe siècle lors du processus de l'organisation nationale, l'armée joua un rôle central dans la politique interne du pays au XXe siècle (voir en particulier les études spécialisées de Potash, 1971 ; Potash, 1981). Elle provoqua six coups d'État (1930, 1943, 1955, 1963, 1966 et 1976) qui menèrent à la formation de cinq gouvernements militaires, avec la complicité de divers secteurs civils. Tous ces gouvernements eurent un caractère autoritaire et répressif, même si leur inspiration politique était différente. Si les gouvernements issus des coups de 1930 et 1943 avaient une nature nationaliste et corporatiste, même filo-fasciste, celui de 1955 se voulait par contre libéral et libre-échangiste. Les dictatures nées en 1966 et 1976, pour leur part, reprirent respectivement des idées corporatistes et

libérales, ayant été toutes les deux influencées par la doctrine de la sécurité nationale, très répandue en Amérique Latine à l'époque. Selon cette doctrine, la lutte contre le communisme à l'intérieur des pays de la région nécessitait l'intervention des forces armées, qui devaient donc participer à l'élimination des mouvements qui, sous la forme des *guerrillas*, pratiquaient la violence politique.

La défaite argentine dans la guerre de Malouines en 1982 a marqué non seulement la fin de la dernière dictature du XXe siècle dans le pays (1976-1983), mais aussi une révision complète du rôle des forces armées dans la vie politique. Désormais, toutes les tentatives de coup d'État par l'armée ont été réprimées par le pouvoir civil (quoique parfois avec un prix assez élevé payé par des lois d'amnistie) et une nouvelle Loi sur la Défense nationale (Loi 23554 de 1988) a restreint les fonctions de l'armée à la lutte contre les menaces externes. À partir des années 90, l'Argentine s'est pleinement intégrée dans la communauté internationale en apportant ses forces armées aux opérations des Nations unies, comme les sanctions contre l'Irak en 1990 et beaucoup de missions de paix (Haïti, Colombie, Amérique Centrale, Bosnie, etc.).

2. Le statut juridique de la guerre dans la Constitution

Comme il a été déjà expliqué, selon le préambule de la Constitution, un des objectifs de l'État argentin est celui de « garantir la défense commune » des provinces fédérées. L'organisation de la force armée pour sa possible utilisation est donc une activité constitutionnellement légitime. Or, la Constitution n'explique pas dans quels cas cette utilisation est possible. Bien entendu, la guerre de conquête est exclue des possibilités constitutionnelles, car le gouvernement fédéral est obligé à « consolider ses relations de paix et de commerce avec les puissances étrangères par des traités conformes aux principes de droit public » établis dans la Constitution (art. 27 de la Constitution). D'autre part, l'utilisation de la force contre les principes du droit international et, en particulier, contre les principes des Nations unies est aussi radié du rang des possibilités légitimes dès que les traités internationaux sont « loi suprême de la Nation » (art. 31) et jouissent d'une hiérarchie normative supérieure à celle des lois (art. 75.22).

La jurisprudence de la Cour suprême n'a pas complètement clarifié dans quelles situations l'utilisation de la force est constitutionnellement légitime. Mais dans un arrêt classique, relatif à la confiscation de la propriété ennemie lors de la Seconde Guerre mondiale, la Cour a insisté sur le fait que c'est la nécessité de garantir la survie de la Nation qui justifie le recours à la guerre par l'État argentin. « Le droit absolu de l'État de recourir à la guerre lorsque l'urgence conduit à cet extrême est indéniable, tout comme le droit de la conduire par les moyens indispensables que les circonstances imposent et sans plus de limitations que celles que, dans cet état d'urgence, sont imposées par la Constitution et les traités internationaux [...] L'état de guerre suppose nécessairement un danger grave et imminent pour la Nation et personne ne peut invoquer un meilleur droit, face à l'indépendance, la souveraineté et la sécurité intérieure et extérieure de la Nation » (*Merk Química Argentina*, Fallos 211 : 162, 1948)¹.

En 1982, l'Argentine a essayé de récupérer par la force les îles Malouines, qui sont de fait sous contrôle britannique et dont la souveraineté est revendiquée par l'Argentine. La défaite dans la guerre a été socialement traumatisante. La réforme constitutionnelle de 1994 a ajouté une disposition transitoire au texte constitutionnel selon laquelle la République Argentine « réaffirme sa souveraineté légitime et imprescriptible sur les îles Malouines, Géorgie du Sud et Sandwich du Sud et les espaces maritimes et insulaires correspondants » comme une partie intégrante du territoire national. La récupération de ces

¹ Les arrêts de la Cour suprême de justice argentine sont cités par leur nom usuel (qui correspond généralement à une des parties) et la référence de leur publication dans la collection officielle « Fallos ».

territoires et le plein exercice de la souveraineté « constituent un objectif permanent et inaliénable du peuple argentin ». Or, la récupération du territoire ne peut pas se faire par la force, mais « dans le respect du mode de vie de ses habitants et conformément aux principes du droit international » (sur la question de la souveraineté argentine sur les îles voir Soukiassian, 2000 ; Kohen et Rodríguez, 2015).

L'utilisation de la force armée dans le contexte des relations internationales est, sans aucun doute, une matière qui relève de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. Plusieurs dispositions de la Constitution permettent d'extraire cette conclusion. Tout d'abord, le gouvernement fédéral est chargé des relations internationales (arts. 27, 75.13 et 75.22) et doit garantir la sécurité des frontières extérieures (art. 75.16). D'ailleurs, déclarer la guerre et faire la paix sont des actes qui relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral (arts. 75.25 et 99.15), tout comme la déclaration de l'état de siège en cas d'attaque extérieure (arts. 23, 61 et 99.16).

Dès le XIXe siècle la Cour suprême reconnaît que les hostilités sont régies par le droit international des conflits armés (*Delfino c/Hall*, Fallos 3 : 444, 1866 ; *Delfino c/Ferrando*, Fallos 4 : 50, 1867 ; *Fisco Nacional c/Stewart*, Fallos 4 : 235, 1867 ; *Fisco Nacional c/Stewart*, Fallos 4 : 256, 1867). Selon le critère de la Cour, le droit international est, de manière générale, subordonné à la Constitution (Cassagne, 2010 ; Pagliari, 2011). Or, dans l'affaire *Merk* déjà citée la Cour a inversé cette règle pour le temps de guerre. En effet, si en temps de paix il existe une « suprématie de la Constitution sur les traités internationaux », en temps de guerre il faut s'en tenir à ceux-ci « avec toute la rigueur qu'ils portent » parce que les pouvoirs de guerre nécessaires pour la défense de l'État « sont antérieurs et même supérieurs à la Constitution » (*Merk Química Argentina*, Fallos 211 : 162, 1948).

3. Le rôle des forces armées

La création des forces armées unifiées a fait partie du processus de construction de l'État argentin. Ce processus a supposé un double mouvement : d'une part, la professionnalisation des forces armées ; d'autre part, la concentration de ces forces sous le pouvoir du gouvernement fédéral. Les premiers groupes armés de la période indépendante ont été créés par les provinces et n'avaient pas une nature professionnelle : chaque leader régional faisait appel, dans la mesure de ses besoins, à des milices populaires constituées *ad hoc*. La Constitution de 1853 permit aux provinces de maintenir leurs milices locales, sous le contrôle du Congrès fédéral (art. 64.24, renuméroté 67.24 en 1860).

Dans le contexte de la centralisation du pouvoir associée à la création de l'État mais sans une réforme de la Constitution formelle, la loi 1072 (1880) interdit aux gouvernements provinciaux de former des corps militaires. Ce ne fut qu'en 1994 qu'une réforme constitutionnelle élimina de la Constitution les règles de l'art. 67.24 relatives aux milices provinciales. Cependant, la réforme ne toucha pas à la disposition de l'art. 108 (renuméroté comme art. 126) qui, tout en interdisant aux provinces de mobiliser leurs armées sans un ordre du gouvernement fédéral, permet à celles-ci de le faire par voie d'exception « dans le cas d'une invasion étrangère ou d'un danger si imminent qu'il n'admet pas de retard, en faisant ensuite rapport au gouvernement fédéral » (art. 126). Toutefois, cette clause exceptionnelle est aujourd'hui devenue anachronique et n'a plus d'application réelle (Ekmekdjian, 1999, V, p. 766).

Aujourd'hui il ne fait pas de doute que seul le gouvernement fédéral peut avoir des forces armées. En effet, c'est le Congrès fédéral qui crée et régule les forces armées (art. 75.27 de la Constitution) et c'est le Président de la République qui en est le commandant suprême (arts. 99.12, 99.13 et 99.14). Les forces armées légitimes sont seulement celles qui ont été créées par l'État. L'existence de forces armées privées, en dehors de l'autorité du gouvernement fédéral, serait contraire à la Constitution. L'utilisation

de la violence à des fins politiques est constitutionnellement interdite, car « toute force armée [...] qui revendique les droits du peuple et pétitionne en son nom commet le crime de sédition » (art. 22). Concernant les forces armées étrangères, seul le Congrès fédéral peut autoriser leur présence sur le territoire argentin (art. 75.28).

Selon la Loi 23554 sur la Défense nationale (1988), le système de la défense nationale a pour objectif de « garantir de manière permanente la souveraineté et l'indépendance de l'État argentin, son intégrité territoriale et sa capacité d'autodétermination, ainsi que de protéger la vie et la liberté de ses habitants » (art. 2). Le rôle des forces armées est de « faire face aux agressions externes », de manière dissuasive ou effective (art. 2). Cette disposition paraît limiter l'action des forces armées à l'exercice du droit de l'État à la légitime défense ; cependant, la Loi 24948 sur la Restructuration des forces armées (1998) mentionne comme activités de ces forces, en plus des « opérations conventionnelles en défense des intérêts vitaux de la Nation », les « opérations dans le cadre des Nations unies », les « opérations en appui de la sécurité » et les « opérations en appui de la communauté nationale ou des pays amis » (art. 6).

La première catégorie d'opérations mentionnée par la Loi sur la Restructuration des forces armées se correspond avec la légitime défense. Les opérations dans le cadre des Nations unies et les opérations d'appui à la communauté (en cas de catastrophe naturelle, par exemple) ne soulèvent pas de critiques particulières. L'intervention des forces armées en appui d'actions de sécurité intérieure est, par contre, beaucoup plus problématique. Compte tenu des abus répétés tout au long du XXe siècle dans l'utilisation des forces armées pour la répression de l'opposition politique interne, la Loi sur la Défense nationale, adoptée par le premier gouvernement démocratique postérieur à la dictature de 1976-1983, avait voulu interdire aux forces armées toute activité de sécurité intérieure (art. 4). Cependant, la Loi 24059 sur la Sécurité intérieure (1992) réintroduisit cette fonction. Elle permet l'utilisation des capacités matérielles des forces armées (bâtiments, transports, arsenaux, etc.) en situations de crise (art. 27) et la mobilisation des forces armées elles-mêmes, quoique de manière exceptionnelle, pour des activités de sécurité intérieure quand les forces de sécurité intérieure (la police, la gendarmerie, la gendarmerie navale et la police aéroportuaire) sont insuffisantes (art. 31).

Comme une réaction contre la succession de coups d'État provoqués par l'armée qui, tout au long du XXe siècle, jalonnèrent l'histoire argentine, la réforme constitutionnelle de 1994 introduisit une clause selon laquelle la Constitution maintient « son autorité même lorsque son observance est interrompue par des actes de force contre l'ordre institutionnel et le système démocratique » (art. 36). Les auteurs de tels actes sont assujettis à la peine prévue à l'art. 29 de la Constitution pour la trahison, inhabilités à perpétuité à exercer des fonctions publiques et exclus des bénéfices de la grâce et de la commutation des peines (art. 36). Les mêmes peines sont établies pour ceux qui, suite au mouvement de force, « usurpent les fonctions prévues pour les autorités de la [...] Constitution ou de celles des provinces » (art. 36). Toutes les peines sont imprescriptibles (art. 36). Les citoyens ont le droit de résistance contre ceux qui commettent de tels actes de force (art. 36).

L'utilisation de la force contre l'ordre constitutionnel est pénalement punissable. Le Code pénal punit, sous le nom typique d'*attentat contre l'ordre constitutionnel et la vie démocratique*, ceux qui « prennent les armes pour changer la Constitution, renverser les pouvoirs publics nationaux, obtenir d'eux une décision quelconque ou empêcher, même de manière temporelle, le libre exercice de leurs facultés constitutionnelles ou leur formation ou rénovation » (art. 226). Ce délit a été inclus dans le Code pénal par la Loi 23077 sur la Protection de l'ordre constitutionnel et la vie démocratique, adoptée en 1984 (c'est-à-dire, juste après le rétablissement de la normalité démocratique). D'ailleurs, sous le nom de *sédition*, sont punis ceux qui « sans se rebeller contre le gouvernement national, prennent les armes pour changer la Constitution locale, renverser les pouvoirs publics d'une province [...], obtenir d'eux une décision

quelconque ou empêcher, même de manière temporelle, le libre exercice de leurs facultés constitutionnelles ou leur formation ou rénovation » (art. 229).

II. La structure institutionnelle de la guerre

1. L'autorité sur les forces armées

Comme il a été déjà expliqué, l'évolution constitutionnelle argentine a conduit à la concentration des pouvoirs militaires dans les mains du gouvernement fédéral, de sorte que les provinces ne possèdent pas, et ne peuvent pas posséder, d'armées propres. La définition des critères généraux d'organisation des forces armées correspond au Pouvoir législatif, car c'est le Congrès qui doit « fixer » ces forces (c'est-à-dire, établir le nombre des effectifs qui les composent) et « adopter les normes nécessaires » pour son organisation et gouvernement (art. 75.27 de la Constitution). La procédure pour l'approbation des normes législatives relatives à l'enrôlement des troupes doit s'initier à la Chambre des députés (art. 52). Cette règle vaut tant pour les normes générales sur l'organisation des forces armées que pour les décisions d'enrôlement adoptées de manière ponctuelle. Dans l'exercice de ses compétences le Congrès a adopté, entre autres, la Loi sur la Défense nationale (Loi 23554 de 1988), la Loi sur la Procédure pénale-militaire en temps de guerre et le régime disciplinaire des forces armées (Loi 26394 de 2008) et la Loi sur le Service militaire volontaire (Loi 24429 de 1994). D'autres normes actuellement en vigueur ont été adoptées par des gouvernements *de facto*, mais validées explicitement ou implicitement par le Congrès une fois récupérée la normalité constitutionnelle, comme la Loi sur le Personnel militaire (Loi 19101 de 1971).

D'ailleurs, c'est le Congrès qui doit autoriser la sortie des forces nationales du territoire argentin (art. 75.28 de la Constitution). L'autorisation pour la sortie est requise même s'il s'agit d'une mission des Nations unies (Ekmekdjian, 1999, IV, pp. 673-674 ; Gelli, 2004, p. 606). D'aucuns pensent que l'autorisation pourrait être donnée *a posteriori* par une loi qui valide l'initiative du Pouvoir exécutif. Ce fut le cas de l'intervention des forces armées argentines à la première Guerre du Golfe (1990), ordonnée par un décret présidentiel et autorisée *a posteriori* par le Congrès. L'entrée de forces étrangères dans le pays requiert également l'autorisation du Congrès (art. 75.28). Or, s'agissant de l'entrée ou de la sortie d'un petit contingent de militaires dans un but strictement protocolaire, l'autorisation parlementaire n'est pas requise (Ekmekdjian, IV, 673-674 ; Quiroga Lavié et al., 2009, II, p. 956).

Le Président de la République est le « commandant en chef » de toutes les forces armées (art. 99.12 de la Constitution). Ceci veut dire que c'est lui qui a la direction suprême des forces : il peut « disposer » des forces armées et décider sur son « organisation » et « distribution » (art. 99.14). Dans le régime de la Constitution, donc, les forces armées sont entièrement subordonnées aux autorités civiles démocratiquement élues. En plus, c'est au Président que correspond la fonction de remplir les postes vacants dans les forces armées ; pour les postes des « officiers supérieurs » il a besoin de l'accord du Sénat, sauf « dans le champ de bataille », c'est-à-dire en temps de guerre, où il peut le faire sans l'intervention sénatoriale (art. 99.13). Il exerce toutes ses fonctions dans le cadre des règles générales établies par le Congrès.

2. La déclaration de guerre

Conformément à l'article 99.15 de la Constitution, le Président est compétent pour déclarer la guerre avec l'autorisation du Congrès. L'article 75.25, pour sa part, reconnaît au Congrès la compétence pour autoriser le Président à déclarer la guerre et à faire la paix. Il s'ensuit que, même si l'article 99.15 ne fait pas mention à la fin de la guerre, le Président a aussi la compétence pour faire la paix avec les ennemis, avec l'autorisation du Congrès. S'agissant d'une *autorisation*, le Président ne pourrait pas déclarer la guerre ou faire la paix sans l'avis favorable du Congrès ; inversement, le Congrès ne pourrait pas contraindre le Président à déclarer la guerre ou à faire la paix, car sa compétence est seulement celle d'autoriser, pas celle d'obliger. Ces dispositions sont inspirées de la Constitution étasunienne, même si dans cette dernière le Congrès a la faculté de *déclarer* la guerre, et non simplement d'*autoriser* le Président à faire une telle déclaration (Sola, 2010, pp. 808-809).

Pendant toute l'histoire constitutionnelle argentine, il n'y a eu que deux déclarations formelles de guerre : la première en 1865 (guerre contre le Paraguay) et la deuxième en 1945 (guerre contre l'Allemagne et le Japon dans le contexte de la Seconde Guerre mondiale). Or, seulement la première déclaration de guerre a été autorisée par le Congrès ; dans le deuxième cas, par contre, la déclaration a été adoptée par un gouvernement *de facto*, surgi d'un coup d'État, qui avait supprimé le Congrès. Certains auteurs classiques considèrent que le Président pourrait mener une guerre défensive, sans l'autorisation du Congrès, si les circonstances l'exigent (De Vedia, 1907, p. 337). La doctrine contemporaine ne fait pas en général mention à cette possibilité, mais l'action immédiate du Président en cas d'attaque extérieure semble être constitutionnellement admissible.

En tout état de cause, la déclaration formelle de guerre ne suppose pas l'existence d'hostilités réelles et, inversement, il peut y avoir des hostilités sans déclaration formelle. Un exemple du premier cas est l'intervention argentine à la Seconde Guerre mondiale : le gouvernement *de facto* qui était arrivé au pouvoir en 1943 a déclaré la guerre à l'Allemagne et au Japon le 27 mars 1945, la guerre a fini quelques mois après (en mai en Europe et en septembre en Asie) et le pays n'a pas fait partie aux hostilités. Inversement, la guerre de Malouines en 1982, déclenchée quand un autre gouvernement *de facto* a essayé de récupérer les îles par la force, a entraîné des hostilités effectives entre l'Argentine et le Royaume Uni, sans déclaration formelle de guerre.

La pratique contemporaine des États a fait disparaître la déclaration formelle comme une condition préalable à l'existence d'hostilités. Dans ces circonstances, il faut interpréter que l'autorisation du Congrès est nécessaire pour tout acte d'hostilité armée de l'État argentin contre un autre État, même en absence de déclaration officielle de guerre (Ekmekdjian, 1999, IV, p. 659 ; Gelli, 1994, p. 602). La conclusion de la paix soulève des questions semblables ; or, si la paix est le résultat d'un traité, celui-ci devra forcément être approuvé par le Congrès selon les règles ordinaires des traités (art. 75.22 de la Constitution). Toutefois, il paraît que le Président pourrait faire la paix sans l'autorisation préalable du Congrès, à condition de soumettre *a posteriori* le traité, s'il y en a un, au Congrès (Ekmekdjian, 1999, IV, p. 659).

La déclaration de guerre est un acte typiquement politique et les circonstances qui justifient une telle déclaration peuvent être librement appréciées par les organes constitutionnels impliqués. Selon la Cour suprême, le contrôle judiciaire d'une déclaration de guerre est limité aux aspects purement formels relatifs à la compétence de l'organe et au respect de la procédure établie, mais ne comprend pas l'analyse des circonstances de fond qui servent à justifier une telle déclaration (*Attias*, Fallos 223 : 206, 1952)². C'est aussi l'avis des auteurs (Ekmekdjian, 1999, IV, p. 660 ; Gelli, 2004, p. 603 ; Haro, 2019).

² Le précédent cité correspond à une déclaration de *guerre interne*, et non de guerre internationale, qui a été validée par la Cour suprême. La situation de *guerre interne* n'a pas d'appui dans le texte de la Constitution ; il s'agit d'une espèce d'état d'exception inventé par les autorités constituées au-delà des prévisions constitutionnelles. Voir ci-dessous les commentaires sur l'application de la loi martiale.

La Constitution permet aussi au Président d'ordonner des représailles contre d'autres États, avec l'autorisation du Congrès (arts. 75.26 et 99.15 de la Constitution). Les représailles sont une forme de contre-mesures autorisées par le droit international, qui consistent en la non-exécution d'une obligation internationale comme réaction légitime à une non-exécution préalable d'une obligation internationale par l'autre partie. Il s'agit, donc, d'un acte qui serait en principe illicite, mais qui devient licite dans la mesure où il est une réaction contre la violation du droit international par l'autre partie. Les représailles ont été traditionnellement considérées par la doctrine argentine parmi les pouvoirs de guerre, même si le concept va bien au-delà du droit de la guerre et ne suppose pas une action impliquant nécessairement la force armée. Encore plus, les représailles armées, qui étaient licites à la lumière du droit international en vigueur au moment de l'adoption de la Constitution de 1853, sont aujourd'hui illégales, sauf dans la stricte mesure où elles pourraient être qualifiées de légitime défense.

Avant la réforme constitutionnelle de 1994, le Congrès avait aussi le droit d'accorder des *lettres de course et de représailles* (art. 67.22 de la Constitution avant la réforme de 1994), c'est-à-dire, des autorisations à des particuliers pour agir contre les ennemis (en particulier, contre la propriété des ennemis et, dans le cas des lettres de course, pour s'approprier des bateaux militaires ou civils des ennemis). Cette faculté a été supprimée en 1994. Par contre, la réforme a maintenu la faculté du Congrès d'adopter les règlements nécessaires pour les *presas*, c'est-à-dire, les normes nécessaires pour régler l'activité des corsaires et, plus largement, l'appropriation des biens transportés par les ennemis en temps de guerre (art. 67.22 de la Constitution avant 1994 et art. 75.26 après cette date-là). Dans la mesure où la Convention de Paris de 1856, à laquelle l'Argentine est partie, a interdit les corsaires, la mention aux pouvoirs du Congrès pour réglementer l'appropriation de biens appartenant à l'ennemie doit être considérée comme limitée à déterminer dans quelles circonstances des marchandises transportées par des bateaux ou des avions ennemis peuvent être considérées une contrebande de guerre et réquisitionnées par les autorités de l'État (mais ne plus par les particuliers).

L'existence d'hostilités avec un autre État peut avoir des conséquences internes relatives à l'organisation de de l'État argentin. Le mécanisme de l'intervention fédérale permet la suppression momentanée, totale ou partielle, de l'autonomie des provinces ou de la ville de Buenos Aires dans certaines circonstances spécifiques. Ainsi, selon l'art. 6 de la Constitution, le gouvernement fédéral peut supprimer l'autonomie des gouvernements locaux pour « garantir la forme républicaine du gouvernement, ou pour repousser les invasions étrangères, et à la demande de ses autorités constituées pour les soutenir ou les rétablir, si elles avaient été déposées par la sédition, ou par l'invasion d'une autre province ». L'intervention fédérale en raison d'une invasion étrangère a été extrêmement rare dans l'histoire constitutionnelle argentine. La situation la plus couramment invoquée par le gouvernement fédéral a été la garantie de la forme républicaine de gouvernement.

Avant 1994, le silence de la Constitution avait mené à interpréter que c'était le Congrès qui devait ordonner l'intervention (*Orfila*, Fallos 154 : 124, 1929), sauf pour le cas des invasions extérieures, où l'on admettait que l'intervention pouvait être ordonnée par le Président et soumise postérieurement au contrôle législatif. Malgré le critère jurisprudentiel, la plupart des interventions fédérales ont été ordonnées par le Pouvoir exécutif sans validation législative. La réforme de 1994 a clarifié ce point en établissant que l'intervention fédérale relève de la compétence du Pouvoir législatif, mais si le Congrès n'est pas réuni en période de sessions le Pouvoir exécutif peut ordonner l'intervention et la soumettre postérieurement à l'approbation législative (art. 75.31 et 99.20 de la Constitution). Selon le critère jurisprudentiel traditionnel, l'intervention fédérale est un acte politique qui n'est pas révisable par les juges (*Cullen*, Fallos 53 : 420, 1893). Cependant, les juges peuvent réviser la constitutionnalité des actes exécutés par les fonctionnaires fédéraux qui agissent sous l'autorité dérivée de l'intervention (Gelli, 2004, p. 50).

L'intervention fédérale suppose le remplacement du gouverneur local par un contrôleur fédéral (*interventor federal*), la suppression du Pouvoir législatif local et/ou le remplacement des juges locaux par d'autres désignés par l'autorité fédérale, selon les cas. L'intervention fédérale a, de par sa nature même, un caractère temporel. Les actes exécutés par les autorités nommées en raison de l'intervention sont pleinement valables (*Dirección Nacional de Aduanas*, Fallos 272 : 250, 1968 ; *Torralba*, Fallos 297 : 384, 1977).

3. La guerre et les devoirs des citoyens

L'art. 21 de la Constitution impose à tous les argentins le devoir de « prendre les armes en défense de la Patrie et de la Constitution ». Comme il a été expliqué, la Loi 4031 introduisit en 1901 le service militaire obligatoire, qui resta en vigueur pendant plus d'un siècle, jusqu'à son abrogation par la Loi 24429 en 1994. D'après l'avis de la Cour suprême, le service militaire était une charge publique et les soldats recrutés étaient soumis aux règles et devoirs du statut militaire (*Corvalán de Salina*, Fallos 291 : 280, 1975). Sous la Loi 17531 de 1967 (la dernière des lois régissant le service militaire), les hommes argentins âgés de 18 ans étaient annuellement convoqués, par un système de quotas et de tirage au sort, pour suivre un entraînement militaire dont la durée était d'entre un et deux ans. Cette période d'entraînement militaire avait pour objectif de préparer, en temps de paix, la défense de l'État (*Satina*, Fallos 249 : 617, 1961).

Les lois successives sur le service militaire reconnaissaient des exceptions fondées sur des raisons de santé ou sur l'inconvenance de priver certaines familles des revenus assurés par un de leurs membres. L'objectif de ces dernières exceptions était de protéger les familles face au risque de l'indigence (*Lucea*, Fallos 235 : 743, 1956 ; *Olano*, Fallos 235 : 453, 1956 ; *Urbach*, Fallos 274 : 124, 1969). Or, en temps de guerre, le Pouvoir exécutif pouvait convoquer au service militaire même ceux qui, en principe, en étaient exceptés (*Novoa*, Fallos 201 : 600, 1945). Par contre, les lois sur le service militaire obligatoire n'ont jamais accepté l'objection de conscience comme une forme d'exception. Dans un premier temps, la Cour suprême a aussi refusé de la reconnaître (*Lopardo*, Fallos 304 : 1524, 1982 ; *Falcón*, Fallos 305 : 809, 1983). Ces précédents qui refusaient l'objection de conscience correspondaient à une période de dictature militaire. Après la récupération de la normalité constitutionnelle en 1983, la Cour suprême, avec une nouvelle composition, changea le critère jurisprudentiel et reconnut l'objection de conscience dans le célèbre arrêt *Portillo* (Fallos 312 : 496, 1989). Selon ce nouveau critère, les personnes qui, pour des raisons de conscience, refusent les activités militaires peuvent s'acquitter de leur obligation par une prestation équivalente au service militaire mais qui ne comporte pas l'utilisation d'armes.

Actuellement, sous le régime de la Loi 24429 de 1994, le service militaire est volontaire (art. 1) et rémunéré (art. 4). Or, si le nombre de postes de soldats établi par le Pouvoir exécutif n'est pas rempli avec des volontaires, le service militaire obligatoire de la loi 17531 reprend sa force et le Pouvoir exécutif peut convoquer aux citoyens de 18 ans à cet effet, pour une période pas supérieure à une année (art. 19). La Loi 24429 n'est pas claire sur ce point, mais apparemment la référence aux *ciotoyens* comprend les hommes et les femmes, car tous les deux peuvent se présenter au service militaire volontaire. Les personnes qui, en cas de convocation obligatoire, ont des objections religieuses, philosophiques ou morales au service militaire peuvent s'acquitter de leur obligation par un service social équivalent (art. 20).

Selon l'art. 21 de la Constitution, les argentins par naturalisation sont libres de ne pas remplir le devoir des armes pendant les dix années qui suivent leur naturalisation. Quand le service militaire obligatoire était en vigueur, la Cour suprême a interprété que les argentins par naturalisation qui renonçaient au privilège constitutionnel restaient soumis aux lois communes en matière de service

militaire (*Taberner*, Fallos 147 : 16, 1926). Contrairement au deuxième amendement à la Constitution états-unienne, l'obligation de prendre les armes pour la défense de l'État ne consacre pas le droit des individus de posséder et d'utiliser des armes au-delà des limites établies par les lois (*Aerolíneas Argentinas*, Fallos 269 : 318, 1967).

Le devoir de fidélité impose aux argentins (et, parfois aussi, à certains étrangers) l'obligation de ne pas collaborer avec les ennemis du pays. Selon l'art. 119 de la Constitution, le délit de trahison consiste à « prendre les armes » contre le pays ou à « s'unir à ses ennemis pour leur prêter de l'aide ». Selon ce même article, le Congrès doit fixer « par une loi spéciale » la peine pour ce délit, mais cette peine ne peut pas aller au-delà de la personne responsable, c'est-à-dire, elle ne peut pas toucher à ses proches. Le Congrès a typifié le délit mentionné à l'art. 119 de la Constitution à travers le Code Pénal. Les arts. 214 à 218 du Code Pénal prévoient des peines sévères pour ceux qui « prennent les armes contre [le pays], s'unissent à ses ennemis ou leur apportent du soutien ». Or, ces peines sont applicables seulement aux argentins et à ceux qui « doivent obéissance à la Nation en raison de leur emploi ou fonction publique » (art. 214). Les étrangers résidant sur le territoire argentin peuvent aussi être responsables de ces délits, quoiqu'avec une peine réduite, et nonobstant ce qui est établi par le droit international sur les fonctionnaires diplomatiques et les nationaux des pays en conflit (art. 218). Les mêmes peines sont applicables quand le délit est commis contre « une puissance alliée de la République, en guerre contre un ennemi commun » (art. 218).

De même, au-delà des exigences constitutionnelles mais sans contredire nullement la Constitution, le législateur a typifié d'autres délits relatifs à la situation de guerre. Ainsi, la loi punit celui qui « par des actes matériels hostiles non approuvés par le gouvernement national, provoque le danger d'une déclaration de guerre contre le pays, expose ses habitants à subir des harcèlements ou des représailles en leur personne ou en leurs biens ou altère les relations amicales du gouvernement argentin avec un gouvernement étranger » (art. 219). La peine est augmentée si « de tels actes débouchent sur des hostilités ou sur une guerre » (art. 219). La violation des traités, des trêves et des armistices, ainsi que des saufs conduits (art. 220) ; la violation des immunités d'un chef d'État ou d'un représentant d'une puissance étrangère (art. 221) ; la révélation de secrets relatifs à la sécurité, la défense ou les relations internationales du pays (arts. 222 et 223) ; la préparation illicite de plans des établissements militaires (art. 224) ; et la conduite déloyale dans les négociations avec un État étranger (art. 225) sont aussi des délits.

III. La guerre et les droits fondamentaux

1. L'état de siège

La Constitution argentine ne connaît qu'un seul type d'état d'exception, qu'elle appelle *état de siège*, et qui peut être déclaré « en cas de commotion intérieure ou d'attaque extérieure » (art. 23). La pratique constitutionnelle connaît aussi d'autres types d'état d'exception, notamment l'état d'urgence économique lié à des situations de crise financière ou sociale (validé par la Cour suprême à partir de l'affaire *Ercolano c/Lanteri de Renshan*, Fallos 136 : 170, 1922). L'idée de l'urgence économique a donné lieu à un certain pouvoir de police de l'urgence utilisé, dans les faits, pour imposer des restrictions extraordinaires aux droits fondamentaux sans déclaration d'état de siège selon les règles de la Constitution écrite.

Les deux situations envisagées à l'art. 23 de la Constitution (la commotion intérieure et l'attaque extérieure) ne permettent la déclaration de l'état de siège que si, en raison de leur gravité, elles « mettent en péril l'exercice de la Constitution et des autorités y instituées ». La déclaration de l'état de siège est une compétence exclusive du gouvernement fédéral (Bidart Campos, 2001, II, p. 356). La déclaration doit indiquer sa portée géographique, car selon la Constitution l'état de siège est déclaré pour « la province ou le territoire où il existe la perturbation de l'ordre » (art. 23), même si l'expérience constitutionnelle montre des exemples de déclaration de l'état de siège dans tout le pays.

D'ailleurs, l'état de siège est, par définition, une situation transitoire qui ne peut durer au-delà de la situation d'urgence qui a justifié sa déclaration. Cette exigence est expressément prévue seulement pour l'état de siège déclaré en raison d'une attaque extérieure (art. 99.16), mais la doctrine est unanime à exiger aussi la temporalité pour l'état de siège déclaré en raison d'une commotion intérieure (Ekmekdjian, 1999, II, 633-634 ; Bidart Campos, 2001, II, p. 349 ; Quiroga Lavié et al., 2009, II, 840). Cependant, l'histoire constitutionnelle argentine montre une utilisation abusive de la figure de l'état de siège. Tout au long du XXe siècle la pratique de déclarer l'état de siège sans limitation temporelle a été récurrente et a eu l'avis favorable de la Cour suprême, en particulier sous les dictatures militaires (*Adhemar Bricci*, Fallos 295 : 458, 1976). Suite à la récupération démocratique, le critère de la temporalité s'est sans doute imposé (*Granada*, Fallos 307: 1285, 1985).

Les concepts de *guerre* et d'*attaque extérieure* ne sont pas synonymes. Il peut y avoir une guerre sans une attaque extérieure (en fait, la participation argentine à la Seconde Guerre mondiale a été de ce type). Dans un tel cas, l'état de siège ne pourrait être déclaré que si la guerre suppose aussi une certaine *commotion intérieure* aux termes de l'art. 23 de la Constitution. La définition d'*attaque extérieure* suscite aussi des controverses. S'il est clair qu'une invasion par les forces régulières d'un autre État constitue une attaque extérieure, d'autres situations sont plus douteuses. D'aucuns croient qu'une attaque terroriste, si elle répond aux directives d'un état en situation de belligérance contre le pays, pourrait aussi justifier la déclaration (Ekmekdjian, 1999, II, 635). Pendant toute l'histoire argentine, l'état de siège en raison d'une attaque extérieure n'a été déclaré qu'une fois : en 1861, suite à l'invasion du territoire argentin par les forces armées paraguayennes, sous le mandat du président Mitre. La commotion intérieure, d'autre part, comprend un grand nombre de situations (séditions, émeutes, manifestations violentes, etc.) qui peuvent mettre en danger la paix et l'ordre public. Toutes les déclarations d'état de siège, sauf celle qui vient d'être nommée en rapport avec la guerre contre le Paraguay, ont invoqué cette circonstance.

En cas de commotion intérieure, c'est le Congrès qui doit déclarer l'état de siège (art. 75.29) ; or, si le Congrès n'est pas en période de sessions, le Président peut faire la déclaration et la soumettre à la ratification du Congrès quand celui-ci sera réuni (arts. 75.29 et 99.16). Certains auteurs croient que le Président doit aussi, en même temps qu'il déclare l'état de siège, convoquer le Congrès à se réunir en sessions extraordinaires pour considérer cette déclaration (Ekmekdjian, 1999, II, 632 ; Bidart Campos, 2001, II, p. 355). Or, dans l'expérience constitutionnelle argentine il existe des exemples d'état de siège déclaré par le Président pendant la période de sessions du Congrès et ratifiés *a posteriori* par ce dernier. D'autre part, la plupart des déclarations de l'état de siège adoptées par le Président pendant la période où le Congrès n'est pas réuni en sessions n'ont pas été considérées par celui-ci. Cette omission parlementaire, qui n'est pas prévue comme possibilité dans le texte constitutionnel, a supposé une validation implicite de la déclaration présidentielle. Bien entendu, les gouvernements *de facto* issus des coups d'État ont aussi déclaré l'état de siège sans aucune validation parlementaire, car dans la plupart de ces gouvernements le Congrès avait été dissous.

En cas d'attaque extérieure, par contre, la déclaration de l'état de siège est faite par le Président avec l'autorisation préalable du Sénat (arts. 61 et 99.16 de la Constitution). La Constitution ne prévoit pas la possibilité que le Sénat ne soit en période de sessions au moment de l'attaque extérieure. Par analogie

avec l'état de siège déclaré en raison d'une commotion intérieure, il paraît que le Président pourrait faire la déclaration et la soumettre à la validation postérieure du Sénat, une fois celui-ci réuni. En fait, c'est comme ça que le Président a procédé lors de la seule déclaration d'état de siège en raison d'une attaque extérieure de l'histoire argentine.

Plusieurs traités internationaux des droits de l'homme auxquels l'État argentin est partie contiennent aussi des dispositions qui permettent la suspension exceptionnelle des droits en cas d'urgence publique. Selon l'art. 27.1 de la Convention américaine relative aux Droits de l'homme, « en cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la [...] Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le droit international et n'entraînent aucune discrimination ». L'Etat partie qui a recours à cette suspension doit en informer immédiatement les autres États parties par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation des États américains des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date fixée pour la fin de celle-ci (art. 27.3).

La conséquence de la déclaration de l'état de siège est, selon l'art. 23 de la Constitution, la suspension des garanties constitutionnelles. L'expression *garanties constitutionnelles* est ici utilisée dans un sens large qui inclut les droits et les garanties. Or, ce n'est pas la Constitution toute entière avec la séparation des pouvoirs qui est suspendue, de sorte que, par exemple, les immunités parlementaires restent en vigueur (*Alem y Candiotti*, Fallos 54 : 432, 1893). Par conséquent, l'état de siège n'autorise pas à déléguer des pouvoirs extraordinaires en faveur des autorités constituées (*Sofía*, Fallos 243 : 504, 1959 ; *Merino*, Fallos 252 : 90, 1962 ; *Sauze Almagro*, Fallos, 252 : 244, 1962). Cette délégation est, d'ailleurs, interdite de manière générale à l'art. 29 de la Constitution.

La bonne pratique constitutionnelle exige que la loi ou le décret qui déclare l'état de siège indique explicitement quels sont les droits et les garanties suspendues. Or, dans l'histoire constitutionnelle argentine, la grande majorité des déclarations ont omis cette spécification. Dans ces cas, la liste des droits considérés suspendus par l'autorité publique peut se dresser implicitement à partir des mesures concrètes adoptées. Deux questions étroitement liées peuvent donc être formulées : la première est celle de savoir quels sont les droits et les garanties constitutionnelles que l'autorité publique peut légitimement considérer suspendus lors de l'état de siège ; la deuxième est relative aux compétences des juges pour contrôler la déclaration de l'état de siège et les mesures concrètes adoptées sous celui-ci³.

Depuis le début de l'histoire constitutionnelle argentine jusqu'à l'année 1985, la Cour suprême a soutenu que la déclaration de l'état de siège elle-même n'était pas révisable par les juges (*Yrigoyen*, 168 : 391, 1930 ; *Pueyrredón*, Fallos 170 : 246, 1933 ; *Trossi*, Fallos 247 : 528, 1961 ; *Zárate*, Fallos 247 : 708, 1960 ; *Azul y Blanco*, Fallos 251 : 832, 1961 ; *Primera Plana*, Fallos 276 : 72, 1970). À partir de 1985, la Cour admet que la déclaration d'état de siège elle-même peut être contrôlée, quoique seulement dans ses aspects formels : compétence de l'organe constitutionnel qui l'a adoptée, expression claire de la portée temporelle et géographique de la déclaration, etc. (*Granada*, Fallos 307 : 1285, 1985).

D'autre part, une évolution peut être constatée relativement aux droits qui peuvent être limités et à la faculté des juges de contrôler les mesures prises sous l'état de siège. Dans un premier moment, la Cour suprême a déclaré que l'état de siège suppose la suspension de tous les droits et garanties reconnus par la Constitution (*Bertotto*, 160 : 104, 1931 ; *Alvear*, Fallos 167 : 267, 1932) et que les mesures adoptées

³ La déclaration de l'état de siège en raison d'une attaque extérieure ayant été très exceptionnelle dans l'expérience argentine, la presque totalité des précédents judiciaires cités ci-après et concernant la suspension des garanties constitutionnelles correspond à des états de siège déclarés pour des raisons intérieures.

sous son emprise, étant des actes typiquement politiques, ne sont pas susceptibles de révision judiciaire (*Rodríguez*, Fallos 48 : 17, 1892 ; *Íscar*, Fallos 236 : 632, 1956 ; *Jorge Antonio*, Fallos 236 : 657, 1956).

À partir de 1959, par contre, la Cour admet le contrôle judiciaire des mesures adoptées pendant l'état de siège (quoique toujours pas de la déclaration d'état de siège elle-même, comme il a été expliqué ci-dessus). Les juges peuvent donc annuler les mesures *manifestement déraisonnables*, c'est-à-dire celles où il n'y a aucun lien entre la situation d'urgence et la mesure adoptée pour la conjurer. Le *leading case* en la matière est l'arrêt *Sofía* (Fallos 243 : 504, 1959) même si, en l'espèce, la Cour décida contre le demandeur qui voulait protéger sa liberté d'expression. Le même critère apparaît dans d'autres arrêts (par exemple, *Primera Plana*, Fallos 272 : 62, 1970). Les facultés de contrôle judiciaire ont été élargies encore plus à partir de 1972, quand la Cour Suprême admit que l'état de siège ne pouvait pas suspendre tous les droits et garanties constitutionnels, mais seulement ceux dont l'exercice pourrait supposer un danger pour l'ordre constitutionnel que la déclaration d'état de siège veut préserver. Les juges peuvent donc contrôler que les mesures adoptées sont justifiées sous ce critère (*Mallo*, Fallos 282 : 392, 1972).

La liste des droits et garanties susceptibles d'être suspendus est assez large, le juge constitutionnel ayant été en général très relâché au moment d'exercer ses compétences de contrôle. Il faut aussi tenir compte que la plupart des arrêts sur l'état de siège ont été adoptés lors de périodes d'anormalité constitutionnelle et que la Cour suprême, dont les juges étaient généralement remplacés après chaque coup d'État, avait habituellement une attitude assez docile envers eux. Ainsi, la liberté de la presse est un des droits dont la limitation est possible, même si la Cour a été plus ou moins stricte sur les conditions de cette limitation (*Bertotto*, Fallos 160 : 104, 1931 ; *Diario La Hora*, 236 : 41, 1956 ; *Diarios Norte y Voz Peronista*, Fallos 244 : 59, 1959 ; *Agosti*, Fallos 248 : 259, 1960 ; *Azul y Blanco*, Fallos 251 : 832, 1961 ; *Primera Plana*, Fallos 276 : 72, 1970). Dans une situation semblable se trouve le droit de réunion (*Fascovicz*, 240 : 235, 1958 ; *Sofía*, Fallos 243 : 504, 1959 ; *Movimiento Popular Argentino*, Fallos 253 : 44, 1962 ; *Partido Obrero*, Fallos 254 : 301, 1962). Concernant les droits politiques, l'interdiction d'une association de gauche a été considérée légitime (*Kaplan*, Fallos 250 : 196, 1961).

La Cour suprême a aussi validé la suspension du droit de grève de l'art. 14 bis de la Constitution (*Agosti*, Fallos 248 : 529, 1960) et l'intervention des syndicats, en principe contraire au droit à l'organisation syndicale libre et démocratique du même article (*UOCRA*, Fallos 247 : 77, 1960 ; *Asociación Bancaria*, Fallos 247 : 417, 1960 ; *Sindicato Argentino de Músicos*, Fallos 248 : 800, 1960). La validité du licenciement d'une personne en raison de sa détention sous l'état de siège, qui suppose la possibilité de limiter la garantie constitutionnelle de la protection contre le licenciement arbitraire de l'art. 14 bis, a été d'abord acceptée (*Chammas*, Fallos 304 : 1416, 1982) puis rejetée par la jurisprudence (*Conti*, Fallos 311 : 394, 1988).

Les traités internationaux des droits de l'homme qui permettent la suspension temporaire des droits incluent parfois une liste de droits qui ne peuvent pas être suspendus. Dans le cas de la Convention américaine relative aux Droits de l'homme, ce *noeud irréductible* est composé des droits et garanties suivants : droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, droit à la vie, droit à l'intégrité de la personne, interdiction de l'esclavage et de la servitude, principe de légalité et de rétroactivité, liberté de conscience et de religion, protection de la famille, droit à un nom, droits de l'enfant, droit à une nationalité et droits politiques (art. 27.2 de la Convention). La Convention interdit également la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés (art. 27.2). Par conséquent, comme l'a expliqué la Cour interaméricaine, l'action d'*habeas corpus* et l'action d'*amparo* ne peuvent pas être suspendues (Avis Consultatif 8/87 ; Avis Consultatif 9/87). La doctrine argentine ajoute d'autres droits indérogeables, comme l'égalité devant la loi, la garantie de la chose jugée ou l'interdiction des réquisitions par les forces armées (Quiroga Lavié et al., 2009, II, pp. 843-844).

Même si la doctrine soutient que les mesures restrictives des droits et des garanties doivent être adoptées par le Président lui-même (Quiroga Lavié et al, 2009, II, 841-845), qui ne pourrait pas déléguer cette faculté, la Cour suprême a confirmé des mesures adoptées par d'autres autorités (*Asociación Constitución y Libertad Argentina*, Fallos 195 : 439, 1943 ; *Selser*, Fallos 249 : 553, 1961), sauf pour la restriction de la liberté d'aller et de venir, qui selon la Cour ne peut être limitée que par le Président (*Audano*, Fallos 235 : 355, 1956 ; *Merino*, Fallos 252 : 90, 1962). Les mesures restrictives ne peuvent pas durer au-delà de la période de vigueur de l'état de siège (*Signo*, Fallos 251 : 404, 1961 ; *Azul y Blanco*, Fallos 250 : 832, 1961).

2. L'état de siège et la liberté d'aller et de venir

Selon l'art. 23 de la Constitution, pendant l'état de siège, le Président de la République ne peut « ni condamner ni appliquer de peines » ; son pouvoir est limité « à l'égard des personnes, à les arrêter ou à les transférer d'un point du pays à un autre ». Ces facultés présidentielles ne peuvent pas être déléguées (*Audano*, Fallos 235 : 355, 1956 ; *Merino*, Fallos 252 : 90, 1962). Pour échapper aux pouvoirs présidentiels exceptionnels, les personnes concernées ont le droit de sortir du pays, ce qui est connu sous le nom de *droit d'option* et reconnu au même article 23.

Jusqu'en 1977, et en cohérence avec la jurisprudence générale sur la limitation des droits et des garanties pendant l'état de siège, la Cour suprême avait refusé de contrôler les motifs de la privation de liberté, considérant que l'appréciation des circonstances qui justifient cette mesure était une compétence exclusive du Président de la République. Ainsi, l'action d'*habeas corpus* était systématiquement rejetée lorsque les détenus voulaient contester les motifs de leur détention (*Rodríguez y Demaría*, Fallos 48 : 17, 1892 ; *Zárate*, Fallos 236 : 124, 1956 ; *Frondiszi*, Fallos 254 : 487, 1962 ; *Tosco*, Fallos 281 : 117, 1971). La Cour admettait toutefois que les juges pouvaient vérifier les conditions de détention (*Íscaro*, Fallos 236 : 632, 1956) ou le respect du droit à quitter le pays (*Sofía*, Fallos 243 : 504, 1959 ; *Canovi*, Fallos 278 : 337, 1970).

À partir de l'arrêt *Zamorano* (Fallos 298 : 441, 1977), la jurisprudence de la Cour suprême exige l'inclusion, dans le décret du Président qui ordonne la privation de liberté, de la mention des faits concrets qui justifient cette mesure, de sorte que le Pouvoir judiciaire puisse exercer un contrôle sur le caractère raisonnable de la décision (même si dans le cas d'espèce elle se dit satisfaite des explications données par le Pouvoir exécutif et rejeta l'*habeas corpus*). Toutefois, l'application de ce critère jusqu'au rétablissement de l'ordre démocratique constitutionnel en 1983 fut très restrictive. Dans très peu de décisions la Cour déclara que la privation de liberté était illégitime (*Timerman*, Fallos 300 : 816, 1978 ; *Timerman*, Fallos 301 : 771, 1979). Dans la plupart des cas, par contre, la Cour trouva que les renseignements fournis par le Pouvoir exécutifs étaient suffisamment clairs et assertifs et rejeta l'*habeas corpus* (*Tizño*, Fallos 299 : 294, 1977 ; *Urteaga*, Fallos 304 : 1098, 1979 ; *Chiernajowsky de Nicoletti*, Fallos 301 : 703, 1979 ; *Perelmuter*, Fallos 301 : 866, 1979 ; *Russo*, Fallos 303 : 483, 1981 ; *Anguita*, Fallos 303 : 1223, 1981).

En 1984, la Loi 23098 sur l'*Habeas corpus* a élargi encore une fois les facultés judiciaires de contrôle. Relativement à la privation de liberté pendant l'état de siège, la loi a incorporé la possibilité pour les juges de réviser (art. 4) : a) la légitimité de la déclaration d'état de siège elle-même ; b) le rapport entre la privation de liberté et la situation qui est à l'origine de la déclaration d'état de siège ; c) l'aggravation illégitime des conditions de privation de liberté ; d) la possibilité effective d'exercer le droit d'option. Or, dans le *leading case Granada* (Fallos 307 : 1285, 1985), la Cour suprême fit une interprétation restrictive de la loi, considérant que le contrôle judiciaire sur la déclaration d'état de siège ne peut se référer qu'aux aspects formels : compétence de l'organe constitutionnel qui l'a adoptée, expression claire de la portée

temporelle et géographique de la déclaration, etc. (confirmant, donc, sa jurisprudence antérieure à la Loi sur l'*Habeas corpus*).

Dans le même arrêt *Granada*, relativement au contrôle du caractère raisonnable de la privation de liberté (c'est-à-dire, de la proportionnalité entre les fins envisagées au moment de la déclaration de l'état de siège et la privation de liberté), elle dit qu'un tel contrôle est exceptionnel et que les juges ne peuvent annuler que les décisions manifestement arbitraires de l'Exécutif ; dans le cas d'espèce, la Cour considéra que les renseignements fournis par le Pouvoir exécutif étaient clairs et assertifs et rejeta l'*habeas corpus*. La réforme constitutionnelle de 1994 a confirmé, par une clause explicite, que l'*habeas corpus* peut être exercée même sous l'état de siège (art. 43).

En cas d'exercice des facultés présidentielles exceptionnelles, la privation de liberté ne peut pas avoir lieu dans les établissements destinés aux personnes condamnées ou soumises à une procédure pénale (*Pujadas*, Fallos 285 : 267, 1973 ; critère confirmé par l'art. 4 de la Loi sur l'*habeas corpus*). Les détenus sont sous l'autorité du Pouvoir exécutif et non sous celle du Pouvoir judiciaire (*Soto*, Fallos 3 : 405, 1866), mais l'exercice des facultés exécutives pendant l'état de siège n'altère pas le pouvoir juridictionnel des juges, qui peuvent continuer à exercer leurs fonctions (*Bertotto*, Fallos 160 : 104, 1931 ; *Alvear*, Fallos 167 : 267, 1932). Pour cela, le Président doit mettre les détenus à la disposition des juges, si ceux-ci ouvrent une procédure contre eux (*Alvear*, Fallos 167 : 267, 1932). En ce sens, selon la première jurisprudence de la Cour, si la personne privée de liberté par le Président était soumise à une procédure pénale, cette procédure devait être suspendue jusqu'à ce que la personne soit hors des effets de l'état de siège (*Jorge Antonio*, Fallos 236 : 657, 1957). Quelques années plus tard, la Cour a changé d'avis pour affirmer que la privation de liberté ne devait pas interrompre la procédure pénale et qu'il fallait assurer la communication entre la personne détenue et son avocat (*Vélez Carreras*, Fallos 282 : 153, 1971).

La sortie du pays doit être accordée par le Président de la République une fois demandée par l'intéressé ou par une autre personne en son nom ; il ne s'agit pas d'une possibilité discrétionnaire du Président mais d'un véritable droit de la personne impliquée (*Alvear*, Fallos 167 : 267, 1932 ; *Madariaga*, Fallos 195 : 498, 1943 ; *Spangenberg*, Fallos 197 : 321, 1943 ; *Mattos Villegas*, Fallos 199 : 177, 1944 ; *De Biase*, Fallos 201 : 498, 1945 ; *Peter*, Fallos 202 : 153, 1945). La Cour a cependant reconnu une exception à ce principe dans le cas des personnes soumises à une procédure pénale, car l'exercice du droit d'option en ce cas pourrait faciliter qu'elles échappent à l'action des tribunaux (*Pablo Vicente*, Fallos 247 : 587, 1960 ; *Margueirat*, Fallos 237 : 260, 1957).

Le critère classique fut cependant abandonné pendant la dernière dictature (1976-1983). La Cour suprême s'éloigna de sa propre jurisprudence et admit la suspension du droit d'option par la seule décision du Président (*Ercoli*, Fallos 296 : 372, 1976 ; *Lockman*, Fallos 299 : 142, 1977 ; *Gordillo Arroyo*, Fallos 303 : 397, 1981 ; *Moya*, Fallos 303 : 696, 1981 ; *Marino*, Fallos 304 : 1027, 1982 ; *Urteaga*, Fallos 304 : 1098, 1982 ; *Romero*, Fallos 305 : 514, 1983). Cette position, qui n'a pas été reprise une fois la normalité constitutionnelle récupérée en 1983, est bien évidemment contraire au texte et à l'esprit de l'art. 23 de la Constitution.

La personne qui a exercé le droit à sortir du pays peut y rentrer à n'importe quel moment, en demandant l'autorisation du Président. Or, si la mesure de privation de liberté ordonnée contre elle subsiste encore, la rentrée dans le pays suppose en principe sa détention (*Solari Yrigoyen*, Fallos 305 : 269, 1983). Toutefois, tant la négative du Président à autoriser la rentrée que la subsistance de l'ordre de privation de liberté lui-même sont soumis au contrôle judiciaire de proportionnalité (*Solari Yrigoyen*, Fallos 305 : 269, 1983 ; *Molteni*, Fallos 305 : 1116, 1983).

Pendant l'état de siège, la situation des étrangers, qui jouissent en Argentine de tous les droits civils des nationaux (art. 20 de la Constitution), n'est pas différente de celle des argentins. Les étrangers

sont soumis aux pouvoirs de l'Exécutif et ils peuvent être détenus même s'ils bénéficient du droit d'asile (*Martínez Vázquez*, Fallos 232 : 247, 1955). Or, l'expulsion d'un étranger qui a été faite sous l'état de siège sans le respect des garanties procédurales est révisable par les juges (*Menéndez*, Fallos 204 : 615, 1946). Cependant, la situation des nationaux en guerre contre le pays a été évaluée de manière plus restrictive par la Cour suprême. En 1945 elle nia l'exercice du droit à sortir du pays à une personne de nationalité allemande, avec l'argument que l'Argentine était en guerre contre l'Allemagne (*Daq*, Fallos 201 : 477, 1945).

3. Les pouvoirs de guerre et les droits fondamentaux

Dans les sections précédentes, les facultés étatiques de limitation des droits fondamentaux dans le contexte de l'état de siège ont été analysées. Or, il peut y avoir un état de guerre qui déclenche l'exercice des pouvoirs de guerre sans déclaration d'état de siège. La déclaration d'état de siège n'est possible qu'en cas d'attaque extérieure ou si la guerre motive des actes de commotion intérieure. Mais il peut exister un état de guerre sans attaque extérieure ou commotion intérieure, comme fut le cas de l'intervention argentine à la Seconde Guerre mondiale. L'état de guerre n'est pas explicitement mentionné dans le texte de la Constitution comme une des situations d'urgence constitutionnelle, mais il surgit implicitement des pouvoirs du Président et du Congrès de déclarer la guerre et d'autoriser la déclaration de guerre, respectivement (Bidart Campos, 2001, II, p. 352).

Dans l'arrêt classique *Merké* (Fallos 211 : 162, 1948), la Cour suprême affirma qu'il n'appartient pas au Pouvoir judiciaire « de décider des nécessités imposées par l'état de guerre, des moyens choisis par l'organe gouvernemental chargé de la conduire et de l'occasion dans laquelle [les actes de guerre] auraient pu ou dû être réalisés, puisque qu'il s'agit de compétences exclusives dudit corps [le corps législatif] et qu'elles ne sont pas susceptibles d'être qualifiées de questions judiciaires ». Dans le cas d'espèce, la Cour valida la confiscation de la propriété d'une entreprise de nationalité allemande, car « les droits et garanties individuels reconnus aux étrangers compris dans la catégorie des belligérants actifs ou passifs doivent céder face tant à la sécurité suprême de la Nation qu'aux stipulations convenues avec les pays alliés de la République ».

Cette doctrine a été nuancée après, quand la Cour a affirmé que, même si « l'exercice des pouvoirs de guerre par le gouvernement ne peut pas, en principe, être une source d'indemnités en faveur des particuliers », cet exercice doit se faire « dans les limites de la Constitution, sans s'écarter des finalités pour lesquelles ces pouvoirs ont été conférés » (*Asociación Escuela Popular Germano-Argentina de Belgrano*, Fallos, 245 : 146, 1959). Dans le cas, une indemnité fut reconnue en faveur du demandeur car l'État avait fait une utilisation des biens confisqués qui allait au-delà de la finalité légitime de la conduite de la guerre.

Selon la Loi 23554 sur la Défense nationale, en cas de guerre ou d'imminence de guerre, le Pouvoir exécutif peut « ordonner des réquisitions de services ou de biens » ainsi que « convoquer des personnes [...] pour répondre aux besoins de la défense nationale » (art. 34). En plus, les personnes physiques qui habitent sur le territoire et les personnes morales qui y ont leur siège « ont l'obligation, limitée aux besoins de la défense nationale, de fournir les renseignements, de faciliter les biens et de fournir les services qui sont requis par l'autorité » (art. 34). Ces obligations sont des charges publiques, mais la loi reconnaît le droit à recevoir des indemnités (art. 35).

4. La juridiction militaire et la loi martiale

État militaire est la dénomination traditionnellement utilisée pour désigner la situation juridique spéciale dans laquelle se trouvent les membres des forces armées, qu'ils soient professionnels ou non (soldats conscrits sous le régime du service militaire obligatoire ou volontaire). L'état militaire suppose un ensemble d'obligations spéciales dont l'inexécution peut déclencher des sanctions spécifiques. L'application de ces sanctions correspondait à la *juridiction militaire*, une forme de juridiction administrative (Ekmekdjian, 1999, IV, p. 699) composée, jusqu'en 2008, de la juridiction militaire pénale et la juridiction militaire disciplinaire. La juridiction pénale militaire appliquait le Code de Justice militaire pour juger des délits spécifiques prévus dans ce Code et les délits communs qui, dans certaines circonstances, tombaient sous leur compétence. La juridiction militaire disciplinaire était chargée de juger les infractions commises par les militaires aux règles de discipline administrative qui régissent leur activité.

La constitutionnalité de la juridiction militaire disciplinaire a toujours été considérée favorablement, à condition que les sanctions appliquées soient révisables par les juges civils. La légitimité constitutionnelle des tribunaux militaires de nature pénale, par contre, était très controversée. La jurisprudence traditionnelle de la Cour suprême avait accepté sa constitutionnalité avec l'argument que la compétence du Congrès pour organiser les forces armées lui permettait de les créer (*Hernández*, Fallos 149 : 175, 1927). Cette interprétation était plus que douteuse si l'on tient compte que la Constitution interdit expressément au Président d'exercer des fonctions judiciaires (art. 109). En 1984, quand le nouveau gouvernement démocratique cherchait à juger les responsables des graves violations des droits de l'homme commises pendant la dernière dictature, la Loi 23049 modifia le Code de Justice militaire pour permettre la révision des décisions des tribunaux militaires par les tribunaux fédéraux. C'est justement la possibilité de révision des décisions des tribunaux militaires qui permit le *Juicio a las Juntas* (procédure pénale devant les tribunaux civils qui ont condamné les hauts responsables des violations des droits de l'homme pendant la dictature).

Un changement important de la jurisprudence constitutionnelle eut lieu à partir de l'arrêt *López* (Fallos 330 : 399, 2007). La Cour suprême déclara alors que les tribunaux militaires de nature pénale, en raison de leur dépendance du Pouvoir exécutif, ne satisfaisaient pas aux garanties d'indépendance des juges et que, par conséquent, ils ne pouvaient pas appliquer de sanctions, sauf en cas de stricte nécessité. L'année suivante, la Loi 26394 abrogea le Code de Justice militaire et les tribunaux militaires de nature pénale. Les personnes en état militaire sont aujourd'hui soumises aux règles du Code pénal commun (qui fut modifié pour introduire des délits spécifiques ou des aggravations spécifiques à des délits communs en cas de commission par un militaire).

L'application de ces règles pénales correspond aux tribunaux communs (fédéraux ou provinciaux, selon les règles ordinaires) sauf en temps de guerre « quand les difficultés surgies de la guerre ou des opérations initiées soient manifestes et insuperables et que le délai dans le jugement puisse produire des préjudices dans l'efficacité opérative ou dans la capacité de combat » (art. 1, annexe II, Loi 26394). Dans cette dernière circonstance très exceptionnelle, des tribunaux d'instruction et de conseils de guerre créés *ad hoc* après la mobilisation des forces sont compétents (annexe II, Loi 26394). D'autre part, la Loi 26394 a adopté le Code de la Discipline des forces armées (annexe IV de la Loi) qui prévoit les infractions, les sanctions à ces infractions et la procédure pour l'application des sanctions par la juridiction militaire disciplinaire. Ce Code a remplacé les normes sur le régime disciplinaire jusqu'à alors contenues dans le Code de Justice militaire et d'autres normes spécifiques.

La soumission des civils à la législation et aux tribunaux militaires est connue sous le nom de *loi martiale*. Malgré le silence du texte constitutionnel de 1853, la loi martiale a été utilisée à plusieurs reprises

depuis le XIXe siècle. Son utilisation a été validée par la Cour suprême. Quoique son application ait été généralement accompagnée de la déclaration de l'état de siège (de manière que, dans ces cas, elle pourrait être interprétée comme une des formes de la suspension des droits et des garanties constitutionnels), la loi martiale a une entité conceptuellement différente de l'état de siège et elle a parfois été appliquée sans la déclaration formelle de ce dernier.

L'application de la loi martiale est problématique pour plusieurs raisons. Tout d'abord, bien sûr, parce qu'elle constitue une exception aux principes de légalité et du juge naturel qui n'est pas prévue dans la Constitution formelle. Certains auteurs ont essayé de la justifier comme une dérivation des pouvoirs de guerre qui seraient implicites dans la Constitution. Cet argument, malgré sa validation par la jurisprudence constitutionnelle, n'est pas acceptable. L'argument devient encore moins convaincant si l'on tient compte que tous les cas où la loi martiale a été appliquée correspondaient à des situations de troubles intérieurs (mouvements politiques ou syndicaux contestataires) qui ont été assimilées par les autorités à une situation de guerre (*guerre interne*), dans une interprétation large qui trahit clairement l'esprit du texte constitutionnel.

Les premiers exemples d'application de la loi martiale peuvent être trouvés au XIXe siècle. Ainsi, en 1869, l'armée fédérale ayant pris prisonnier un leader régional soulevé contre le gouvernement fédéral, un général a essayé de le soumettre à la juridiction militaire. Le juge fédéral s'y est opposé : la formation d'un conseil de guerre contre un civil supposerait la violation du principe du juge naturel. La Cour suprême a confirmé la juridiction civile (*Rivas*, Fallos 7 : 205, 1869). Puis, la loi martiale a été appliquée à plusieurs reprises dans le XXe siècle : après le coup d'état de 1930, après le coup d'état de 1943 et en 1956 lors du soulèvement d'un militaire péroniste contre le gouvernement *de facto* qui avait destitué Perón l'année précédente. Pendant ce dernier épisode, plusieurs personnes ont été condamnées à mort par la juridiction militaire et d'autres ont été fusillées par la police sans aucune procédure préalable, sous prétexte de l'application de la loi martiale. Un des survivants de ce carnage a porté plainte auprès de la justice civile. La Cour suprême a décidé que c'était la juridiction militaire qui devait connaître de ces faits, car la police avait agi sous la subordination aux autorités militaires « dans des circonstances exceptionnelles où le maintien de l'ordre interne constituait une fonction militaire spécifique » (*Livraga*, Fallos 237 : 450, 1957).

En 1958, suite à la déclaration de l'état de siège, le Président Frondizi a mis en application le *Plan Conintes* (Plan sur la Commotion intérieure de l'État), qui supposait l'application de la juridiction militaire aux particuliers accusés de certains délits. L'application du régime d'exceptionnalité Conintes a duré jusqu'en 1961. La Cour suprême a eu l'occasion de se prononcer sur ce régime dans plusieurs affaires, statuant généralement de manière favorable aux prétentions du gouvernement. Par exemple, elle a rejeté un *habeas corpus* interjeté en faveur d'un ouvrier condamné par un tribunal militaire avec l'argument que l'*habeas corpus* ne pouvait pas remplacer les recours prévus dans la législation militaire que la personne condamnée n'avait pas utilisés (*Pucci*, Fallos 243 : 306, 1959). Dans une autre affaire, relative à une personne qui, en prison par décision de l'autorité judiciaire civile, avait été transférée dans une prison militaire par décision d'un conseil de guerre, la Cour suprême a ordonné le placement de la personne sous l'autorité du juge civil, sans se prononcer sur la constitutionnalité du Plan Conintes mais insinuant que la soustraction de l'accusé de la juridiction ordinaire avait été temporaire et compatible avec les fonctions de cette juridiction (*Adhemar Moreno*, Fallos 246 : 237, 1960).

Dans l'arrêt *Rodríguez y Ruggero* (Fallos 254 : 116, 1962), la Cour suprême a entériné plus clairement le régime exceptionnel du *Plan Conintes*, quoiqu'avec quelques restrictions. Justifiant la constitutionnalité de la loi martiale, le tribunal affirma que l'État a « la faculté d'auto-préservation contre les attaques violentes aux institutions en vigueur » et que cette faculté inclut « les pouvoirs militaires, car dans des circonstances exceptionnelles les autorités légales ordinaires peuvent être incapables de

maintenir la paix publique et de supprimer la violence et la déprédation ». Ce qui plus est, il a été affirmé que l'appréciation des circonstances dans lesquelles cette faculté d'auto-préservation peut être utilisée ne peut pas être révisée par les juges car elle correspond seulement aux pouvoirs politiques. La Cour admit que le recours aux tribunaux militaires requerrait normalement une intervention du Congrès, qui est le responsable de la réglementation du pouvoir de guerre ; mais elle se contenta de vérifier que cette intervention avait eu lieu *a posteriori* à travers une loi sur la répression du terrorisme.

Cependant, dans cette même affaire, le haut tribunal a signalé une limitation importante à l'application de la loi martiale : les condamnations prononcées par celle-ci ne peuvent pas subsister au-delà du temps d'urgence. Ceci parce que « l'exclusion des juges de la Constitution dans le jugement et la décision finale des affaires criminelles n'a pas de justification juridique quand l'épisode subversif est définitivement dépassé [...] car les motifs exceptionnels qui justifient l'implantation de l'aide militaire sont limités dans sa durée ». Par conséquent, les condamnations imposées par les tribunaux militaires, si elles ont été mises en question par les intéressés, doivent être révisées par les juges ordinaires après la fin de la période d'urgence. Le critère de l'arrêt *Rodríguez y Ruggero* a été réaffirmé postérieurement (*Centeno*, Fallos 255 : 91, 1963).

La loi martiale a été appliquée à nouveau par le régime militaire qui a pris le pouvoir en 1966 (en 1969 lors des mouvements sociaux à Córdoba et à Rosario, en 1970 et 1972, etc.), avec la complicité de la Cour suprême (par exemple, *Rodríguez*, Fallos 279 : 40, 1971). La loi martiale a aussi été en vigueur pendant toute la période de la dernière dictature, entre 1976 et 1983. Encore une fois, la Cour suprême, avec la citation répétée du précédent *Rodríguez y Ruggero*, a validé le recours à la loi martiale pour faire face aux circonstances exceptionnelles du pays (*Lanza Ybarroza*, Fallos 295 : 997, 1976 ; *Delicia*, Fallos 295 : 1001, 1976 ; *Quiroga Rampoldi*, Fallos 299 : 431, 1978 ; *Saravogj*, Fallos 300 : 1173, 1978 ; *Papetti*, Fallos 301 : 419, 1979 ; *Arancibia Clavel*, Fallos 302 : 973, 1980 ; *Pites*, Fallos 302 : 986, 1980 ; *De la Torre*, Fallos 303 : 172, 1981 ; *Diessler*, Fallos 303 : 308, 1981 ; *Guillén de Palazquesi*, Fallos 305 : 657, 1983).

À peine un mois après la fin de la dictature militaire, la nouvelle Cour suprême changea le critère sur la loi martiale, quoique non sans ambiguïtés. La Cour annula une condamnation prononcée par un tribunal militaire contre un civil. Or, il n'est pas clair si la raison de cette annulation était le critère classique selon lequel les arrêts des tribunaux militaires peuvent être révisés une fois la situation de crise dépassée ou si l'existence même des tribunaux militaires était considérée atteinte d'une nullité plus radicale (*Ganna*, Fallos 306 : 63, 1984). La Loi 23049 qui a modifié le Code de Justice militaire a exclu la possibilité pour les tribunaux militaires de juger des civils en temps de paix. La doctrine contemporaine s'accorde à dire que l'application de la loi et de la juridiction militaire aux civils est, au moins en principe et sauf une situation extrêmement grave qui empêche le fonctionnement de la justice civile, contraire aux principes de l'état de droit (Bidart Campos, 2001, II, p. 354 ; Gelli, 2004, p. 603 ; Quiroga Lavie, 2009, II, pp. 1364-1365). Il faut insister sur le fait que, selon l'art. 27 de la Convention américaine relative aux Droits de l'homme, le principe de légalité, la garantie du juge naturel et le droit de défense ne peuvent pas être suspendus dans une situation d'urgence publique. Et que selon l'art. 29 de la Loi 23554 sur la Défense nationale, même en cas de guerre, le Pouvoir judiciaire maintient la totalité de ses compétences.

IV. Références

Bidart Campos, Germán (1992). « El proceso político-constitucional de la República Argentina desde 1810 a la actualidad », *Ayer*, 8.

Bidart Campos, Germán (2001). *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar.

Cassagne, Juan Carlos (2010). « La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina », *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 40.

De Vedia, Agustín (1907). *Constitución Argentina*, Buenos Aires, Coni Hermanos.

Ekmekdjian, Miguel Ángel (1999). *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, plusieurs tomes.

Gelli, María Angélica (2004). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley 2004.

González Calderón, Juan C. (1930). *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Lajouane, tome I.

Haro, Ricardo (2019). « El control jurisdiccional de las facultades privativas de los poderes estatales, en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina », *Revista Derecho Constitucional*, 1.

Kohen, Marcelo G. ; Rodríguez, Facundo D. (2015). *Las Malvinas entre el derecho y la historia*, Buenos Aires, Eudeba.

Moreno, Guillermo Raú (2021). *Manual de historia constitucional argentina*, La Plata, EDULP.

Levaggi, Abelardo (1991). *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Depalma.

López Rosas, José Rafael (1996). *Historia Constitucional Argentina*, Buenos Aires, Astrea.

Lorenzo, Celso Ramón (1994). *Manual de Historia Constitucional Argentina*, Buenos Aires, Juris, plusieurs tomes.

Pagliari, Santiago Arturo (2011). « Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino », *Ars Boni et Aequi*, 7, 17-41.

Potash, Robert (1971). *El Ejército y la política en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, tome 1.

Potash, Robert (1981). *El Ejército y la política en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, tome 2.

Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; Cenicacelaya, María de las Nieves (2009). *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, deux tomes.

Sola, Juan Vicente (2010). *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley / Abeledo Perrot.

Soukiassian, Carlos (2000). « El caso Malvinas y la Corte Internacional de Justicia », *Estudios de Relaciones Internacionales*, 18, 81-98.