

## **La portée des décisions de la Cour IADH dans le droit interne : le cas de l’affaire de la Fertilisation In Vitro contre le Costa Rica**

### *Atelier B*

MACAYA, Ariana

Docteure en droit de l’Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

Professeure invitée, Université du Costa Rica

[ariana.macayalizano@ucr.ac.cr](mailto:ariana.macayalizano@ucr.ac.cr)

*Le système interaméricain fait partie d’un système de protection de la liberté des habitants et conforme, avec les mécanismes du droit interne – en particulier la juridiction constitutionnelle- un seul système intégré et interdépendant. Ce système est conçu pour fonctionner sur deux niveaux différents, mais compatibles et cohérents entre eux, jamais pour agir l’un contre l’autre. Magistrat Nancy HERNÁNDEZ.<sup>1</sup>*

Depuis la fin du siècle dernier, l’Amérique Latine connaît un renouveau constitutionnel, illustré par l’adoption de nouveaux textes fondamentaux ou par de profondes réformes constitutionnelles. Si ces transformations répondent à d’objectifs variés, elles ont comme point commun une ouverture du droit interne vers le droit international, en particulier en matière de droits de l’homme<sup>2</sup>. Ce renouveau a inspiré les constitutionnalistes qui voient dans ce mouvement d’ensemble l’opportunité d’analyser et même d’encourager une meilleure articulation entre le droit interne et le droit international. Apparaissent alors de nouveaux objets d’études et de nouvelles approches comme le « *Ius Constitutionale Comune* »<sup>3</sup> ou le « transconstitutionnalisme »<sup>4</sup> qui mettent en avant le rôle de la Convention Américaine des Droits de l’Homme (CADH) comme facteur d’intégration entre les différents ordres juridiques du système interaméricain. La CADH met en place un système multiniveau de protection de droits de l’homme qui implique l’interaction entre le juge interne, chargé en premier lieu de garantir ces droits, et la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme (Cour IDH), chargé de l’interprétation de la CADH et de la protection subsidiaire. Ce système implique alors une étroite relation entre le juge interne, en particulier le juge constitutionnel et la Cour IDH, relation qui peut être placée sous le signe de la coopération ou de la confrontation.

Dans ce système de protection multiniveaux, le Costa Rica a toujours fait figure de bon élève au sein de la région. Une des démocraties les plus stables du continent, elle a été la première à ratifier la CADH – qui porte aussi le nom de Pacte de San José, capitale du Costa Rica où elle a

---

<sup>1</sup> Opinion dissidente à la résolution de la CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, n° 2016-1692 du 3 février 2016, action d’inconstitutionnalité.

<sup>2</sup> MENSA GONZÁLEZ Andrea, “La relación de la Corte IDH con los tribunales constitucionales y cortes supremas”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol 9, n° 1, 2016, p.203.

<sup>3</sup> VON BOGDANDY Armin, “Ius Constitutionale Comune en América Latina: una Mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n°34, 2015, pp. 3-50.

<sup>4</sup> NEVES Marcelo, “Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Transconstitutionnalismo en América Latina” in UREÑA René et al, *Protección Multinivel de derechos humanos*, Madrid: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pp. 275-301.

été signée – le 3 février 1970. Elle est aussi le siège de la Cour IDH. Avant l'affaire de la fertilisation in vitro, objet de cette communication, le Costa Rica n'avait été condamnée par la Cour qu'à une occasion pour violation à la liberté de pensée et d'expression et aux garanties judiciaires<sup>5</sup> et avait été à l'origine de quatre opinions consultatives : la première sur la compatibilité d'une réforme constitutionnelle sur la nationalité avec la CADH<sup>6</sup>, une autre sur l'appartenance obligatoire des journalistes à une corporation professionnelle<sup>7</sup>, sur le droit de rectification et réponse<sup>8</sup> et, finalement, sur la compatibilité d'un projet de réforme du Code de Procédure Pénale<sup>9</sup>. En 2016, le gouvernement du Costa Rica a aussi présentée une demande d'opinion consultative des droits des populations LGBTQI, dont la résolution est attendue pour la fin de l'année<sup>10</sup>. Le Costa Rica s'est ainsi souvent présentée comme un moteur et un acteur des relations entre le droit interne et le système interaméricain.

Cela se démontre aussi par la jurisprudence de la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême du Costa Rica en matière de hiérarchie et réception du droit conventionnel du système interaméricain. Créée en 1989 par une réforme constitutionnelle, la juridiction constitutionnelle a très tôt reconnu les traités internationaux comme une importante composante du bloc de constitutionnalité<sup>11</sup> et leur a attribuée une valeur égale et même supérieure à la Constitution, s'ils consacraient une plus ample protection<sup>12</sup>. La jurisprudence constitutionnelle interne a aussi consacré la portée des décisions de la Cour IDH, même dans les cas qui ne concernent pas directement le Costa Rica. Elle a ainsi souligné que « si la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme est l'organe naturel pour interpréter la Convention Américaine des Droits de l'Homme (Pacte de San José), la force de sa décision quand elle interprète la Convention et contrôle des lois nationales à la lumière, qu'il s'agisse de sa compétence contentieuse ou consultative, sera la même que celle de la norme interprétée »<sup>13</sup>.

Mais la renommée du Costa Rica comme champion des droits de l'homme a été fortement ternie par une affaire récente, un *hard case*, où la Cour IDH a dû examiner une décision de la juridiction constitutionnelle interne censurant le décret régulant la fertilisation in vitro et qui a eu comme conséquence l'interdiction de cette technique sur le territoire. L'arrêt de la Cour, qui touchait à des sujets très sensibles comme le statut de l'embryon et la détermination du début de la vie fut l'objet de nombreuses critiques, tant sur la forme que sur le fond. Mais c'est surtout la réaction de la juridiction constitutionnelle face à la condamnation et la difficulté d'exécuter les mesures ordonnées par la Cour IDH qui ont montré la limite de la collaboration et des rapports des systèmes.

---

<sup>5</sup> COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, arrêt 2 juillet 2004.

<sup>6</sup> COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Opinion consultative OC-4/84* du 19 janvier 1984.

<sup>7</sup> COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Opinion consultative OC-57/85* du 13 novembre 1985.

<sup>8</sup> COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Opinion consultative OC-7/86* du 29 août 1986.

<sup>9</sup> COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Opinion consultative OC-12/91* du 6 décembre 1994.

<sup>10</sup> COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Demande d'opinion consultative OC-24*.

<sup>11</sup> L'article 1 de la Loi de la Juridiction Constitutionnelle prévoit ainsi que l'objet de la juridiction constitutionnelle est de « garantir la suprématie des normes et principes constitutionnels et du Droit International ou Communautaire en vigueur dans la République, leur interprétation et application uniforme, ainsi que les droits et libertés fondamentales consacrés par la Constitution ou par des instruments internationaux de droits de l'homme en vigueur au Costa Rica ».

<sup>12</sup> V. notamment, CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolutions numéros 3435-1992, 5759-1993 et 2313-1995.

<sup>13</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution 9685-2000. V. sur ce point les commentaires de MIRANDA Haideer, *Diálogo Judicial Interamericano*, San José ; Ed. Jurídica Continental, Col. De la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, n°17, p. 176.

Cette communication cherche alors à analyser les rapports de système entre le droit interne et le droit interaméricain de protection des droits de l'homme à la lumière de cette affaire polémique, soulignant les difficultés de la confrontation de différentes interprétations de la CADH en lien avec des thématiques nouvelles, non prévues au moment de sa rédaction (I) pour après étudier la difficile articulation entre les pouvoirs du juge supranational et ceux du juge constitutionnel dans l'exécution des arrêts de la Cour IDH dans le droit interne (II).

## **I. La querelle sur l'interprétation de l'article 4.1 de la Convention américaine des droits de l'homme**

Dans le cadre du développement de ce système de garanties des droits de l'homme effectif et efficace, la Cour Interaméricaine a ainsi développée l'idée d'une protection multiniveaux, fondée sur obligation de la part des États d'effectuer un contrôle de conventionalité de toute les normes internes à la lumière de la Convention américaine des droits de l'homme (CADH)<sup>14</sup>. Avant même la consécration dans la jurisprudence de la Cour IDH de cette obligation, tirée des articles 1 et 2 de la CADH<sup>15</sup>, la Chambre constitutionnelle du Costa Rica avait intégré la CADH au bloc de constitutionnalité, soulignant le caractère subsidiaire de la compétence de la Cour IDH. Toutefois, l'interprétation de la CADH, dans le cadre de ce contrôle de conventionalité interne, peut mener à des contradictions entre le juge interne et la Cour IDH qui est considérée l'interprète authentique de la CADH<sup>16</sup>. L'affaire sur l'interdiction de la fertilisation *in vitro* donna ainsi lieu à une interprétation restrictive de la protection prévue à l'article 4.1 du droit à la vie par le juge interne (a), qui fut révisée et relativisée par la Cour IDH (b).

### *a. La protection absolue du droit à la vie et l'interdiction de la fécondation in vitro dans la décision du juge constitutionnel interne*

La fécondation in vitro (FIV) était régulée au Costa Rica par le décret n° 24029-S du 3 mars 1995 qui autorisait l'utilisation de cette technique de procréation médicalement assistée dans le secteur de la médecine privée. Le décret réservait l'utilisation de cette technique aux couples mariés, limitait la fécondation à six ovules maximum qui devaient être tous implantés dans la cavité utérine de la femme et interdisait l'élimination, la préservation et la manipulation génétique des embryons. Entre 1995 et l'an 2000 elle permit la naissance de 15 bébés sur le territoire national<sup>17</sup>.

Le 7 avril 1995, un citoyen présenta une action d'inconstitutionnalité contre le décret sur le fondement de l'article 75 §2 de la Loi de la juridiction constitutionnelle, qui permet d'accéder au contrôle a posteriori de constitutionnalité de façon directe et sans avoir besoin d'une affaire en cours de jugement, quand il s'agit de « défendre des intérêts diffus ou qui concernent la collectivité dans son ensemble ». Le requérant considérait que le décret impliquait une atteinte au droit à la vie, protégé par l'article 21 de la Constitution et par de nombreux instruments de droit international, dont notamment l'article 4 de la CADH. En effet, il argumentait que la vie commence

---

<sup>14</sup> V. COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, « Control de convencionalidad », *Cuadernillo de jurisprudencia*, n° 7, San José, 24 p.

<sup>15</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Almonacid Arellanos c. Chili*, arrêt du 26 septembre 2006, §124.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> La technique de FIV fut développée au Costa Rica à partir de 1984, mais sa régulation n'intervient qu'en 1995. La première naissance d'un bébé FIV eut lieu le 14 octobre 1995.

au moment de la fécondation et que toute élimination ou destruction d'embryons, qu'elle soit volontaire ou liée aux limitations et risques de la technique utilisée impliquait une violation du droit à la vie.

Après une procédure qui dura presque cinq ans, la Chambre Constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice du Costa Rica se prononça sur l'action d'inconstitutionnalité par une résolution n° 2000-2306 du 15 mars 2000. La résolution, par un vote de 7 contre 2, déclara l'inconstitutionnalité du décret n° 24029-S<sup>18</sup>. Elle se fonda sur deux arguments principaux : un de forme, la violation du principe de réserve de loi et un sur le fond, l'atteinte au droit à la vie.

La Constitution costaricienne ne définit pas de façon explicite et systématique une liste de matières qui composent le domaine exclusif de la loi. Néanmoins, la jurisprudence constitutionnelle a très tôt défini un principe constitutionnel de réserve de loi en matière de droits et libertés fondamentales<sup>19</sup>, s'inspirant de l'article 19 de la Loi générale de l'Administration Publique qui prévoit que « le régime juridique des droits constitutionnels est réservé à la loi ». Ainsi, la régulation et limitation des droits fondamentaux ne peut être faite que par une loi. Les règlements exécutifs de ces lois doivent donc se limiter à clarifier et développer le contenu de ces droits en respectant leur contenu essentiel et sans jamais pouvoir les restreindre. Appliqué au cas d'espèce, le juge constitutionnel considère que le décret attaqué implique une régulation du droit à la vie et à la dignité humaine, domaine réservé à la loi, ce qui le conduit à le censurer par sa forme<sup>20</sup>. Même si la justification sur ce point semble assez simple, le juge constitutionnel n'explique pas pourquoi le décret porterait atteinte au droit à la vie. Ainsi, cette condamnation sur la forme ne peut pas être séparée de l'argumentation sur le fond, fondée, entre autres arguments, sur une interprétation de l'article 4.1 de la CADH, aspect fondamental pour l'étude des rapports de systèmes.

Pour comprendre la portée et l'importance de cette interprétation, il faut tout d'abord souligner un élément de sociologie juridique : le Magistrat chargé d'instruire l'affaire et de rédiger la résolution était Rodolfo Piza Escalante, qui non seulement fut un des principaux promoteurs de la réforme constitutionnelle qui introduit le contrôle de constitutionnalité au Costa Rica, mais fut aussi juge de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH) et son premier Président en 1981. Le magistrat Piza était aussi un fervent défenseur de la supraconstitutionnalité des traités internationaux<sup>21</sup> en matière des droits de l'homme et du contrôle de conventionalité. C'est ainsi que le juge constitutionnel procède non seulement à examiner le décret attaqué par rapport à la Constitution, mais aussi par rapport aux instruments internationaux dont notamment la CADH.

La motivation sur le fond commence par un bref résumé de la technique de FIV telle qu'elle était pratiquée à l'époque de l'action d'inconstitutionnalité. Il faut souligner que le résumé présenté

---

<sup>18</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution n° 2000-2306 du 15 mars 2000, action d'inconstitutionnalité contre le décret n° 24029-S.

<sup>19</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution n° 3550-92 du 24 novembre 1992, action d'inconstitutionnalité contre plusieurs décrets du Ministère de l'Éducation Nationale.

<sup>20</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution n° 2000-2306, considérant III.

<sup>21</sup> Dans un arrêt de principe de sa propre rédaction, il considéra que « les traités ou conventions internationales, par mandat exprès de l'article 7 de notre Constitution, sont des normes investies d'une force normative supérieure aux lois ordinaires [...] Mais la réforme constitutionnelle de 1989, qui modifia, entre autres, l'article 48, créa une nouvelle catégorie de normes : les traités et en général, les instruments sur les droits de l'homme applicables à la République. La Chambre considère que ces instruments sur les droits de l'homme ont un rang supérieur aux autres, et possèdent une caractéristique supplémentaire – la plus importante – qu'ils servent de complément de la Constitution Politique dans sa partie dogmatique » (CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution n° 3805-92 du 28 novembre 1992, recours d'habeas corpus).

(considérant IV) est assez laconique et ne fait pas une description scientifiquement précise de la technique utilisée. En particulier, il est affirmé, sans citer aucune source dans le dossier qui pourrait soutenir cette accusation que « de façon générale, même si le décret l'interdit, les œufs fécondés qui ne sont pas implantés dans l'utérus de la femme sont rejetés ou maintenus congelés pour une utilisation future ». Même si la Cour, lors de la procédure, avait fait appel à des témoignages et expertises scientifiques de médecins et généticiens, le fondement scientifique de la résolution laisse beaucoup à désirer et traduit les a priori négatifs sur une technique qui, au moment de la procédure, faisait l'objet de multiples attaques de la part de secteurs conservateurs de la société<sup>22</sup>.

La résolution continue en prenant position sur un point qui fait l'objet de vifs débats non seulement dans le domaine juridique, mais aussi dans celui de la médecine, philosophie et de la bioéthique : le commencement de la vie et le statut de l'embryon<sup>23</sup>. La résolution tente de résumer, en un paragraphe, les différentes positions sur la matière opposant, d'un côté, ceux qui considèrent que le commencement de la vie doit être situé au moment de la fixation de l'ovule fécondé sur l'utérus et l'apparition de la ligne primitive, faisant débiter la vie humaine au dixième ou quatorzième jour après la fécondation et, de l'autre côté ceux qui considèrent que la vie de tout être humain a un commencement unique : la fécondation. Le juge constitutionnel adopte cette seconde position considérant qu'elle est celle « en accord avec les normes de Droit International des Droits de l'Homme en vigueur au Costa Rica », sans plus de justifications<sup>24</sup>.

Le juge constitutionnel fait donc référence à tous les instruments internationaux qui, avec l'article 21 de la Constitution, consacrent l'inviolabilité de la vie humaine<sup>25</sup>. Il s'attarde sur l'article 4.1 de la CADH qui prévoit « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ». En effet, le système interaméricain, à la différence du système de la CEDH, prend position sur le début de la protection juridique de la vie humaine : le moment de la conception. C'est justement cette référence au moment de la conception qui justifie, selon le juge constitutionnel, la protection absolue du droit à la vie des embryons. Cette distinction, est reprise au moment des conclusions de la résolution où la Chambre affirme :

« L'embryon humain est une personne dès le moment de la conception, ainsi il ne peut pas être traité comme un objet, pour des fins de recherche, ou être soumis à des procédures de sélection, conservé par congélation et, ce qui est fondamental

---

<sup>22</sup> En particulier, l'Église catholique (et il ne faut pas oublier que le Costa Rica est un état confessionnel en vertu de l'article 75 de la Constitution) a maintenu une position contraire à l'utilisation de cette technique, prenant comme fondement les encycliques papales « *Humanae vitae* » de 1968 et « *Donum vitae* » de 1987 (v. MONTES GUEVERA, Germán, « Bioética y técnicas de reproducción asistida », *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 2004, vol. 12, n° 1, p. 71-78).

<sup>23</sup> La littérature sur ce point est très abondante. Pour une approche interdisciplinaire peut être consulté : CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE, « La protection de l'embryon humain in vitro », *Rapport du Groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains*, CDBI-CO-GT3, 19 juin 2003.

<sup>24</sup> Le cadre restreint de cette étude ne nous permet pas d'approfondir sur les critiques à cette position du juge constitutionnel fondées sur des arguments scientifiques. Il est néanmoins nécessaire de souligner le travail de vulgarisation que certains scientifiques ont entrepris, surtout au moment de la publication de l'arrêt de la Cour IDH, afin d'expliquer dans les médias les avancées dans la recherche génétique qui permettent d'affirmer le rôle décisif du moment de l'implantation pour le développement du potentiel humain (v. sur ce point les deux articles du généticien Felipe MORA BERMÚDEZ, chercheur à l'Institut Max Planck de Biologie Cellulaire et Génétique et Prix National des Sciences, publiés dans le principal journal du Costa Rica : « In utero, la tercera mitad », *La Nación*, 15 août 2010, p. 15 et « El primer potencial humano », *La Nación*, 1<sup>er</sup> septembre 2012, p. 15).

<sup>25</sup> Article I de la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme, l'article 3 de Déclaration Universelle des Droits Humains, article 6 du Pacte International des Droits Civils et Politiques, article 6 de la Convention sur les Droits de l'Enfant.

pour cette Chambre, il n'est pas constitutionnellement légitime que l'embryon soit exposé à un risque disproportionné de mort. Il est clair pour ce Tribunal que durant l'exécution de la technique de FIV sont transférés à l'utérus des embryons fécondés préalablement dans un laboratoire, tout en sachant que la majorité d'entre eux ne sont pas destinés à générer une grossesse : ils ne vont pas suivre une gestation normale car ils ne vont pas s'implanter ou s'ils sont implantés, son développement est interrompu par un avortement spontané. [...] L'objection principale de la Chambre est que l'application de cette technique comporte une perte élevée d'embryons, qui ne peut pas être justifiée par le fait que l'objectif de cette technique est créer un être humain, donner un fils à un couple qui ne peut pas l'avoir par d'autres moyens. L'essentiel est que les embryons, dont leur vie est procurée et après frustrée, son des êtres humains et l'ordre constitutionnel n'admet aucune distinction entre les êtres humains »

[...] Les conditions dans lesquelles est appliquée actuellement [la FIV] mènent à la conclusion que n'importe qu'elle élimination ou destruction d'embryons – volontaire ou dérivée de la négligence de la personne qui exécute la technique ou par l'inexactitude de cette dernière, constitue une violation du droit à la vie, ainsi la technique n'est pas en accord avec le Droit de la Constitution et le décret attaqué est inconstitutionnel par infraction à l'article 21 de la Constitution Politique et 4 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme »<sup>26</sup>.

Le juge constitutionnel fait donc recours au contrôle de conventionalité pour conclure à la censure de la norme. Il se montre alors, en apparence, en accord avec sa ligne jurisprudentielle et sa tradition de garant des droits de l'homme et gardien, dans l'ordre interne, de la CADH. Toutefois, sa position est fortement critiquable. Premièrement, son interprétation de l'article 4.1 laisse de côté un élément fondamental de sa rédaction : « Ce droit doit être protégé par a loi, et en général à partir de la conception » [nous soulignons]. Le juge constitutionnel ne prend pas en compte la possibilité, ouverte par l'expression « en général », de que la protection légale ne débute pas au moment de la conception. Cette rédaction ouvre aussi la possibilité à de restrictions qui répondraient à une pondération avec d'autres droits et libertés. En effet, la décision de majorité de la Cour constitutionnelle ne fait aucune mention aux autres droits fondamentaux qui pourraient être atteints par la régulation de la FIV : le droit à la santé ou le droit à l'autodétermination reproductive. Ces considérations ne sont abordées que dans l'opinion dissidente des juges Arguedas Ramírez et Calzada Miranda. Pour ces deux magistrats, le décret attaqué offre des mesures de protection suffisantes pour garantir le respect du droit à la vie et à la dignité humaine. Sans prendre position sur le débat sur le début de la protection juridique à la vie, ils considèrent que la FIV est « un outil que la science a mis a disposition des personnes pour qu'elles exercent leur droit à la reproduction, à fonder une famille, valeurs protégées par notre État »<sup>27</sup>.

De même, la Chambre, dans son jugement majoritaire, opère un glissement sémantique : dans les considérants IV et V où elle prend position sur le commencement de la vie, elle fait toujours référence au moment de la « fécondation ». Hors, à partir du considérant VI, où elle fait référence à l'article 4.1 de la CADH elle change sa terminologie et considère que la vie commence au moment de la « conception ». Une lecture rapide pourrait considérer que la Cour utilise ces deux termes comme des synonymes, toutefois, comme le démontrera la position de la Cour IDH,

---

<sup>26</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution n° 2000-2306, considérant IX.

<sup>27</sup> *Ibid*, opinion dissidente des magistrats Arguedas Ramírez et Calzada Miranda.

l'utilisation du terme « conception » correspond à un contexte donné et peut ne pas être considéré comme synonyme de la fécondation.

La déclaration d'inconstitutionnalité du décret par le fond ferma toute possibilité de réintroduire la technique de la FIV par le biais d'une loi. En effet, à la fin du considérant IX, la Chambre déclare de façon tranchante « La technique, considérée par elle-même, est contraire au droit à la vie, c'est ainsi qu'il est nécessaire de déclarer expressément que, même une norme de rang légal ne peut pas autoriser légitimement son application [...] ». S'il est vrai que le juge constitutionnel reconnaît que le développement de la science et la biotechnologie peut faire avancer la technique de la FIV, les conditions qu'il met en place, par cette interprétation absolutiste du droit à la vie dès le moment de la conception, sont en pratique impossibles à respecter, prenant en compte que la FIV implique, forcément, la manipulation d'embryons.

Cette interdiction<sup>28</sup> motiva le docteur Gerardo Trejos, pionnier de la technique de la FIV au Costa Rica, à présenter une pétition devant la Commission Interaméricaine (CIDH) le 19 janvier 2001. La Commission décida d'élever le cas devant la Cour Interaméricaine afin qu'elle déclare la responsabilité internationale de l'État costaricien pour violations aux articles 11.2 (respect de la vie privée), 17.2 (le droit à se marier et fonder une famille) et 24 (égalité devant la loi) de la CADH. Si l'article 4.1 ne faisait pas partie des articles de la requête de la Commission, il était néanmoins au cœur de l'affaire. En effet, la Cour considéra que l'objet principal de l'affaire était de déterminer si la décision de la Chambre constitutionnelle, centrée sur l'interprétation du droit à la vie, généra une restriction disproportionnée des droits des présumées victimes. Ainsi, la Cour IDH dédia plus de trente pages de son arrêt à l'interprétation de l'article 4.1 de la CADH.

*b. L'interprétation relative du droit à la vie et la pondération avec d'autres droits dans l'arrêt de la Cour IDH*

L'analyse de la Cour IDH débute par la reconnaissance de l'importance des rapports de systèmes entre le droit interne et le niveau interaméricain. Elle reconnaît ainsi la difficulté de l'affaire qui s'articule autour d'une décision du plus haut tribunal du droit interne en application d'une norme de la CADH. Toutefois, elle souligne le fait qu'elle « est l'interprète ultime de la Convention, raison par laquelle elle considère qu'il est pertinent de préciser le champ d'application dudit droit. En conséquence, la Cour examinera si l'interprétation de la Convention qui est au fondement des ingérences dénoncées est admissible à la lumière du traité et prenant en compte les sources pertinentes du droit international »<sup>29</sup>.

La CADH, à la différence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du système du Conseil de l'Europe (CEDH), consacre expressément des normes d'interprétation (art. 29). Cet article met en avant le principe *pro homine* selon lequel l'interprétation de la CADH doit se faire de façon à garantir une protection maximale aux

---

<sup>28</sup> La caractérisation de cette interdiction comme prohibition « absolue » par la Cour IDH dans son arrêt du 28 novembre 2012 (voir infra) a fait l'objet de critiques par des commentateurs. Toutefois, si la référence à cette prohibition fait l'objet d'une classification variable tout au long de l'arrêt – v. les §67, 159, 160 et 162 (faisant preuve d'une technique juridique reprochable), les effets, dans la pratique, de la prohibition de la FIV se reflètent par l'impossibilité du recours à cette technique sur le territoire du Costa Rica pendant plus de 12 ans, ce qui représente une ingérence suffisamment grave aux autres droits que cette technique permet de protéger (v. *a contrario*, JENSEN David, *Crítica jurídica a la sentencia del caso Artavia Murillo y otros* (« Fecundación in vitro ») vs. *Costa Rica*, San José : Ed. Isolma, 2017, p. 11-22).

<sup>29</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, Arrêt du 28 novembre 2012, §171.

individus<sup>30</sup>. Toutefois, la Cour IDH fait aussi recours aux normes générales d'interprétation codifiées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, notamment, pour reprendre la terminologie dworkienne, dans les «*hard cases*»<sup>31</sup>. Dans *Artavia Murillo*, et face à l'importance de la portée de l'article 4.1 pour la résolution de l'affaire, la Cour décida alors de faire une interprétation en quatre temps, faisant recours aux principales méthodes d'interprétation du droit international : grammaticale, historique, évolutive et finaliste.

Sous le sous-titre « interprétation conforme au sens courant des termes » la Cour réalise une interprétation des termes « conception » et « personne » en lien avec le terme « être humain » puisque l'article 1 de la CADH clarifie qu'« aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne ». Cette interprétation est faite sur le fondement de la littérature scientifique, aspect qui a été critiqué par certains commentateurs<sup>32</sup> et par le juge GROSSI qui, dans son opinion dissidente, effectue une véritable interprétation grammaticale. En effet, l'interprétation grammaticale se fait, d'habitude, en faisant recours à des éléments étymologiques, notamment à des définitions de dictionnaire. D'après ce sens courant, la conception, au moment de la rédaction de la CADH, était définie comme synonyme de la fécondation. Toutefois, prenant en compte que les termes, pris dans le contexte de l'article 4.1, font référence à des concepts biologiques, le recours à l'expertise scientifique semble nécessaire. Si l'intitulé de la sous-partie reflète un manque de rigueur juridique, le besoin de faire référence aux critères de la médecine et de la génétique s'explique aussi par le fait que la Chambre constitutionnelle s'est fondée sur ce type d'arguments pour justifier son interprétation.

La Cour IDH a reçu une abondante preuve scientifique, proposée à la fois par l'État, la Commission et les représentants des victimes<sup>33</sup>. Elle expose ainsi les différentes lectures du terme « conception », opposant, d'un côté, ceux qui considèrent que la conception est le moment de la fécondation de l'ovule par le spermatozoïde et, de l'autre côté, ceux qui considèrent que la conception opère quand l'ovule fécondé s'implante dans l'utérus maternel. Le problème est que cette querelle scientifique est intimement liée au débat juridique du commencement de la protection de la vie humaine. Sur ce point, la Cour admet qu'« il s'agit d'une question qui est analysée de différentes façons d'un point de vue biologique, médical, éthique, moral, philosophique et religieux, et qu'elle est en accord avec les tribunaux internationaux et nationaux en ce sens qu'il n'y a pas une définition consensuelle du début de la vie »<sup>34</sup>. Faisant un constat similaire, la Cour Européenne des Droits de l'Homme avait conclu que « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États donc la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la

---

<sup>30</sup> BURGORGUE-LARSEN Laurence, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos », *Estudios Constitucionales*, año 12, n°1, 2014, p. 108.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>32</sup> JENSEN David, *op. cit.*, p. 23 et ss.

<sup>33</sup> Experts qui ont présentés des déclarations sous serment : le docteur en médecine Andrea Mesén Fainardi, le docteur en philosophie Antonio Marlasca López, la psychologue Alice Neuberger (proposés par les représentants des victimes) ; le docteur en neurobiologie Maureen Condic, le docteur en médecine Martha Garza (ayant une posture contraire à l'utilisation de la FIV et proposés par l'État) ; la philosophe spécialiste en bioéthique Florencia Luna, le professeur Paul Hunt, spécialiste en droits de l'homme (proposés par la Commission).

Experts qui ont présenté leur témoignage lors de l'audience orale : les docteurs en médecine Fernando Zegers-Hochschild (proposé par la Commission), Anthony Caruso (proposé par l'État), le professeur en droit Paola Bergallo (proposé par la Commission), l'avocat Marco Monroy Cabra (proposé par l'État).

<sup>34</sup> COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, §185.

Convention »<sup>35</sup>. Toutefois, la Cour IDH ne reconnaît pas la doctrine de la marge d'appréciation des États, ce qui l'oblige à prendre position sur ce débat. Elle écarte alors la position qui considère que les ovules fécondés sont une vie humaine pleine, considérant que cette position « peut être associée à des conceptions qui confèrent certains attributs métaphysiques aux embryons. Ces conceptions ne peuvent pas justifier de donner la prévalence à un certain type de littérature scientifique au moment d'interpréter la portée du droit à la vie consacré par la Convention américaine, puisque cela imposerait un type de croyances spécifiques à d'autres personnes qui ne les partagent pas »<sup>36</sup>, et adopte celle qui distingue deux moments lors de la conception : la fécondation et l'implantation. Si la justification scientifique de cette position est convaincante, le fait même d'avoir opéré ce choix a été fortement critiqué. La Cour a ainsi été accusée d'activisme et de se laisser porter par les convictions personnelles de ses membres<sup>37</sup>. En particulier, les secteurs plus conservateurs voient dans ce choix une porte ouverte pour la reconnaissance d'un droit à l'avortement<sup>38</sup>.

Mais la Cour ne justifie pas sa position uniquement sur le recours à l'expertise scientifique. Elle continue son travail d'exégèse en faisant une interprétation historique, utilisant les travaux préparatoires de la CADH, et systématique, analysant les positions du système universel, européen et africain de protection des droits de l'homme.

La discussion autour de l'article 4.1 se centra, au moment de sa rédaction, par le rajout de la phrase « et en général à partir de la conception ». Certains pays, dont les États-Unis et le Brésil, s'opposaient à ce rajout considérant qu'il serait contraire à leur législation interne, notamment en matière d'avortement. D'autres comme le Venezuela ou l'Équateur, au contraire, considéraient que le terme « en général » devait être éliminé, puisque la protection depuis le moment de la conception ne pouvait pas être relativisé. Finalement, aucune des motions de changement furent acceptées et la phrase débattue resta dans la rédaction finale de l'article 4.1. Il était donc difficile de tirer des pistes pour l'interprétation de l'article 4.1 du seul constat d'un désaccord qui n'eut aucune conséquence sur la rédaction du texte et qui motiva uniquement un État – le Mexique – à faire une réserve<sup>39</sup>. Néanmoins, la Cour rapproche ces éléments avec une interprétation systématique fondée sur une curieuse lecture de l'ensemble de la CADH où elle considère qu'un embryon ne peut pas être titulaire de tous les droits consacrés dans ces instruments et que par rapport à l'article 4.1 l'objet direct de protection est la femme enceinte. Ainsi la Cour conclue qu'il ne « procède pas de donner le statut de personne à l'embryon ». Le raisonnement elliptique de la Cour cherche à dissimuler une position qui semble ne pas trouver un véritable fond dans l'esprit de la Convention, s'est ainsi qu'elle passe aussi à une analyse systématique des autres systèmes de protection des droits de l'homme. Le problème est que la rédaction de l'article 4.1 et notamment la référence à la conception ne trouve écho dans aucun autre instrument. De même, aucun

---

<sup>35</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Vo c. France*, requête n° 53924/00, arrêt du 9 juillet 2004, §82.

<sup>36</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, §185.

<sup>37</sup> PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", *Derecho Público Iberoamericano*, abril 2013, n° 2, p. 303.

<sup>38</sup> ZÚÑIGA Francisco, "Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, *Anuario de Derecho Público UDP*, Santiago: 2013 que hace referencia al debate en la prensa chilena p 377 y ss.

<sup>39</sup> Le Mexique a ainsi considéré que l'expression « en général », « ne constitue par une obligation d'adopter ou de maintenir en vigueur des normes qui protègent la vie 'à partir du moment de la conception' car cette matière appartient au domaine réservé des États » (COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, §212).

instrument ne fait allusion aux embryons pour pouvoir savoir s'ils sont considérés comme personne ou non et le seul système qui a étudié la question du début de la vie a laissé cet épineux débat à la marge d'appréciation de chaque État.

Mais restait encore l'interprétation évolutive, particulièrement importante puisque la FIV n'existait pas au moment de la rédaction de la CADH. Pour cette analyse, la Cour prend en compte les développements normatifs et jurisprudentiels et constate, encore une fois, que même les instruments les plus spécialisés comme la Convention pour la Protection des Droits de l'Homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo), ne se prononcent pas sur le statut de l'embryon et le commencement de la vie humaine. De même, se fondant sur une étude comparative, la Cour souligne le fait que le Costa Rica est le seul pays de la région qu'interdit la FIV<sup>40</sup>.

La Cour termine son analyse interprétative par le recours à la méthode téléologique ou l'interprétation plus favorable aux objectifs et fins du traité. Ici, la Cour expose l'argument, à notre sens, le plus convaincant : la référence à la clause « en général » a pour objectif et finalité de permettre, en cas de conflits de droits, des exceptions à la protection de la vie dès la conception : « l'objectif et finalité de l'article 4.1 de la Convention est de ne pas considérer le droit à la vie comme un droit absolu, dont sa prétendue protection puisse justifier la négation totale d'autres droits »<sup>41</sup>. L'avantage de cette argumentation est qu'elle peut se maintenir même si l'on accepte d'autres définitions de la conception ou du début de la vie. En effet, elle évite d'entrer dans l'erreur de faire dériver d'un constat empirique (les caractéristiques de l'embryon) une conséquence normative (le début de la protection juridique de la vie)<sup>42</sup>. Cet argument contredit de façon frontale l'interprétation donnée par la Chambre constitutionnelle et permet à la Cour de pouvoir prendre en compte les atteintes à d'autres droits fondamentaux invoquées par la Commission et les victimes. Toutefois, cet argument implique un revirement de jurisprudence de la Cour, comme le souligne le juge Vio Grossi dans son opinion dissidente. En effet, la Cour avait toujours maintenu une conception absolue du droit à la vie, considérant qu'il s'agit « d'un droit de l'homme fondamental, dont la jouissance est une condition pour l'accomplissement de tous les autres droits de l'homme. S'il n'est pas respecté, tous les autres droits perdent leur sens. En raison de la nature fondamentale du droit à la vie, les approches restrictives de ce dernier ne sont pas admissibles »<sup>43</sup>. Pour ce revirement, la Cour s'est inspirée de la jurisprudence des Cours suprêmes de certains pays membres, notamment de la Cour Constitutionnelle de Colombie ou de la Cour Suprême du Mexique, qui considèrent que même si le droit à la vie est une condition nécessaire pour l'existence même des autres droits, cela ne permet pas de conclure à une suprématie de ce droit<sup>44</sup>. Ce dernier point démontre comment les rapports de système entre le système interaméricain et le droit interne sont à double sens.

La Cour conclue sa partie sur l'interprétation en soulignant trois points principaux: que l'embryon ne peut être considéré « personne » aux termes de l'article 4.1 CADH, que la conception a lieu au moment de l'implantation de l'embryon dans l'utérus, et que la protection du droit à la vie n'est pas absolue, et qu'elle est peut être progressive, puisqu'il ne s'agit pas d'un droit absolu<sup>45</sup>.

Cette conception relative du droit à la vie permet à la Cour de faire une pondération avec d'autres droits, notamment le droit à l'intégrité personnelle, la liberté personnelle et le respect de

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, §254.

<sup>41</sup> *Ibid.*, §258.

<sup>42</sup> HABA Pedro, "Zapatero a tus zapatos", *La Nación*, 7 novembre 2012.

<sup>43</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire des enfants de la rue (Villagrán Morales y Otros)*, Arrêt du 19 novembre 1999, §144.

<sup>44</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Artavia Murillo et autres c. Costa Rica.*, §262.

<sup>45</sup> *Ibid.*, §264.

la vie familiale et privée. Elle effectue alors une pondération entre la sévérité de l'interférence (l'interdiction de la FIV) et l'impact de l'objectif prétendu (la protection de la vie des embryons). La Cour estime ainsi que l'interdiction de la FIV a impliqué un sacrifice démesuré des droits à l'intégrité personnelle, la liberté personnelle, la vie privée, l'intimité, l'autodétermination reproductive, l'accès aux services de santé et le droit à fonder une famille au nom de la protection de l'embryon<sup>46</sup>. Elle déclare alors la violation des articles 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la CADH et condamne le Costa Rica, en outre, à prendre les mesures nécessaires pour laisser sans effet l'interdiction de la FIV, à réguler cette technique en prenant en compte les principes établis dans l'arrêt et à la rendre accessible par le biais de ces programmes de santé.

## II. Le dialogue de sourds entre la Cour IDH et la Chambre Constitutionnelle sur l'exécution de l'arrêt

L'expression « dialogue de juges » a mauvaise presse : abusée, vidée de son sens, elle simplifie à une opération de communication toute une série de relations complexes qui se développent entre des acteurs qui ne sont pas placés nécessairement en termes d'égalité<sup>47</sup>. Mais nous pouvons aussi concevoir ce dialogue, comme le fait le Prof. Marcelo NEVES, comme seulement un des nombreux éléments du transconstitutionalisme, une des « formes de communication orientées à l'absorption des dissensions [...]. Entre ordres juridiques différents, spécialement sur le plan de problèmes constitutionnels, ces termes se réfèrent à des formes de communication transversales, impliquant la possibilité d'apprentissage mutuel »<sup>48</sup>.

Cet apprentissage mutuel avait été la norme des relations entre la Cour IDH et le juge constitutionnel costaricien. Toutefois, la condamnation de la Cour dans le cas de la fertilisation in vitro rompit ce dialogue consensuel et se transforma en une véritable confrontation. En effet, l'exécution de la mesure de réparation qu'impliquait de laisser sans effets l'interdiction de la FIV s'avéra particulièrement difficile ce qui motiva la Cour IDH à émettre une résolution de supervision qui remet en vigueur un décret jugé contraire à la Constitution par la Chambre constitutionnelle (a). Cette décision entraînera une critique des pouvoirs de la Cour IDH dans le cadre de sa supervision de l'exécution des arrêts dans un contexte où l'autorité et la place de cette dernière dans le système est remis en cause (b).

### *a. Les suites de la condamnation et la résurrection d'un décret déclaré contraire à la Constitution*

L'arrêt de la Cour IDH dans l'affaire *Artavia Murillo*, marqua le début d'une longue polémique non seulement entre la Cour IDH et la Chambre constitutionnelle mais aussi, dans le cadre du droit interne, entre la Chambre constitutionnelle, le pouvoir exécutif et l'Assemblée Nationale.

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, §273 y §314. Cette position a aussi été vivement critiquée, notamment par ceux qui défendent l'idée que l'embryon est une personne humaine, par exemple « In the midst of such discussion, the right to life of the unbron child becomes, at best, subordinate to the wishes of others ; at worst, it becomes irrelevant » (BAKER Robert, « Inverting Human Rights : Inter-American Court vs. Costa Rica, *Miami Inter-American Law Review*, n° 47, disponible sur <http://repository.law.miami.edu/umialr/vol47/iss1/4>).

<sup>47</sup> VERGOTINI Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Pamplona: Cuadernos Civitas/Thompson Reuters, 2010.

<sup>48</sup> NEVES Marcelo, *op. cit.*, p. 275-276.

Une fois l'arrêt notifié aux parties, la question la plus délicate était celle d'exécuter l'ordre selon laquelle l'État devait adopter les mesures appropriées pour que l'interdiction de la FIV reste sans effet. Cette mesure resta sans effet pendant plus d'un an, ce qui motiva un groupe des victimes de l'affaire *Artavia Murillo* à présenter un recours d'amparo<sup>49</sup> contre l'État costaricien pour ne pas avoir pris les mesures ordonnées par la Cour IDH. La requête était très vague, puisqu'elle demandait à la Cour d'ordonner à l'État, en général, de prendre les mesures d'exécution. La résolution de la Chambre débute par un rappel de sa jurisprudence sur les effets des arrêts de la Cour IDH, où elle souligne que la Constitution ne lui a pas donné la compétence pour ordonner l'exécution d'un arrêt de la Cour IDH<sup>50</sup>. Elle rappelle ensuite que la CADH ainsi que le Règlement de la Cour confient la supervision de l'exécution des arrêts à la propre Cour IDH et rejette le recours.

Cette décision démontre une interprétation erronée des effets et des sujets passifs de l'arrêt de la Cour IDH. En effet, l'article 27 de l'Accord de siège avec la Cour IDH prévoit que « les résolutions de la Cour, et, le cas échéant, de son Président, une fois communiquées aux autorités administratives et judiciaires compétentes de la République, auront la même force exécutive et exécutoire que celles des tribunaux costariciens ». Ainsi, si la Cour n'a clairement pas de compétence pour ordonner l'exécution à des tiers, elle est néanmoins obligée de prendre des mesures dans la sphère de sa compétence, étant une des principales responsables de l'interdiction de la FIV et, par conséquent, un des sujets auxquels l'ordre de la Cour IDH est dirigé. Ainsi l'explique le Magistrat HERNÁNDEZ dans son opinion dissidente :

« De la simple lecture du texte du tribunal international, il peut être compris que, compte tenu de la forme et du contenu de l'arrêt sur la FIV, la Chambre a, dans ce cas, l'obligation d'agir, étant l'un – et même le principal- organe étatique directement concernés et auxquels ont été imposées des tâches concrètes dans le dispositif de l'arrêt de la Cour sur la FIV

[...] La position ci-dessus, qui soutient l'existence dans l'arrêt de la Cour sur le FIV d'un mandat direct à la Chambre constitutionnelle, devient même indispensable si nous nous rendons compte que le principal obstacle juridique (nous osons dire que le seul) à la pratique de la fécondation in vitro dans notre pays a été précisément la décision 2306-2000 de la Chambre constitutionnelle, qui a interdit la pratique car elle considérait que la façon de la pratique à ce moment-là était contraire à la vie humaine. Il faut aussi prendre en compte que, dans notre système juridique, la décision de la Chambre constitutionnelle est obligatoire pour tous en vertu de l'article 13 de la Loi de la juridiction constitutionnelle et elle ne peut pas être privée de valeur et d'effets par aucun autre organe étatique différent de la Chambre»<sup>51</sup>.

Ainsi, la Chambre constitutionnelle aurait pu, grâce à cet amparo, ordonner que son antérieure décision reste sans effet, évitant au Costa Rica un constat de manquement par la Cour IDH. Mais la majorité de la Chambre constitutionnelle ne considérait pas que l'arrêt de la Cour IDH se dirigeait directement à la Chambre. Ils continuaient ainsi à soutenir l'idée que la décision de l'an

---

<sup>49</sup> Le recours d'amparo, dans l'ordre juridique costaricien, permet à n'importe quelle personne d'exercer une requête directe contre un acte ou une omission qui pourrait porter atteinte à ses droits fondamentaux. Il est prévu par l'article 48 de la Constitution.

<sup>50</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution n° 2014-1424 du 31 janvier 2014, considérant III.

<sup>51</sup> *Ibid.*, opinion dissidente du Magistrat HERNÁNDEZ.

2000, à l'origine de toute cette affaire, n'impliquait pas une interdiction totale de la FIV et que ce n'était pas à eux de réguler la technique.

Si le pouvoir judiciaire, par le biais de la Chambre constitutionnelle, ne se considérait pas compétent pour exécuter l'ordre de la Cour IDH, il ne restait que le pouvoir exécutif et l'Assemblée Nationale pour laisser sans effet l'interdiction de la FIV.

Depuis avril 2013, l'Assemblée Nationale étudiait deux projets de loi pour réguler la fécondation in vitro<sup>52</sup>. Ces deux projets étaient les derniers d'une longue liste d'initiatives qui n'ont jamais abouti au vote. En effet, un groupe important de députés, issus en particulier des milieux conservateurs et évangéliques, s'oppose traditionnellement à la technique de la FIV. Ils sont soutenus par les évêques qui considèrent cette technique comme une atteinte à la vie humaine et qui, dans un pays où le catholicisme continue à être la religion d'État, ont un fort pouvoir de lobbying<sup>53</sup>.

Face à ce blocage de l'Assemblée Nationale, l'État n'avait qu'une seule voie pour essayer de s'acquitter de ses obligations internationales : réguler par décret la FIV. C'est ainsi que le gouvernement, par le biais du décret n° 39210-MP-S publié au Journal Officiel le 11 septembre 2015, autorisa et reconnut la FIV comme un traitement médical pour aider les personnes atteintes d'infertilité. Ce décret permettait au gouvernement du Costa Rica de se présenter à l'audience organisée dans le cadre des procédures de supervision de l'exécution des arrêts par la Cour IDH avec une proposition pour l'acquittement de son obligation de laisser sans effet l'interdiction de la FIV.

Un nouveau coup de théâtre compliqua la position de l'État costaricien face à la Cour IDH. Un groupe de députés décida de présenter, le 21 septembre 2015, une action d'inconstitutionnalité contre le décret n° 39210-MP. Les requérants considéraient que ledit décret portait atteinte au principe de réserve de loi en matière de droits fondamentaux, à l'autonomie de la sécurité sociale, à l'inviolabilité de la vie et au principe de séparation de pouvoirs. Face à cette demande, la Chambre constitutionnelle aurait dû s'abstenir de se prononcer et la rejeter *ad portas*. En effet, au moment où les requérants ont présenté l'action, le processus de surveillance de l'arrêt par la Cour IDH était en cours, hors, comme la propre Chambre constitutionnelle l'avait dit dans la résolution de l'*amparo* présenté par les victimes, seule la Cour IDH est compétente pour veiller à cette exécution de l'arrêt. Dans un souci de respecter les rapports de systèmes, il aurait été nécessaire d'attendre la position de la Cour IDH pour savoir si le décret permet ou non de s'acquitter des obligations internationales. Cette position était soutenue par le Magistrat HERNÁNDEZ dans son opinion dissidente<sup>54</sup>. Néanmoins, la majorité de la Chambre décida de connaître l'affaire sur le fond.

La Chambre prit soin de se prononcer uniquement sur l'inconstitutionnalité externe du décret. Elle clarifie ainsi que la question de compatibilité matérielle de la FIV avec la CADH avait déjà été tranchée par la Cour IDH dans l'arrêt *Artavia Murillo* et s'appliquerait la chose jugée. Toutefois, elle se considère compétente pour se prononcer sur les aspects qui ne furent pas tranchés par l'arrêt *Artavia Murillo*, c'est à dire l'atteinte au principe de réserve de loi. La Chambre considère que le décret attaqué va au-delà de la simple régulation des conditions pour l'exercice d'un droit puisqu'il affecte directement le droit à la vie et à la santé de la femme et des embryons implantés. Elle considère ainsi : « que l'exécution de l'arrêt de la CIDH du 29 novembre 2012, dans l'affaire

---

<sup>52</sup> Projet n° 18824 et projet 18738

<sup>53</sup> “Obispos intensifican su ‘lobby’ contra FIV”, *La Nación*, 6 août 2015.

<sup>54</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU COSTA RICA, résolution n° 2016-1692 du 3 février 2016, opinion dissidente du Magistrat HERNÁNDEZ.

*Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, implique une reconfiguration de niveau et de l'étendue du droit à la vie, ainsi qu'un nouveau statut de protection de l'embryon pour pouvoir réaliser la pondération nécessaire afin de protéger les autres droits impliqués », hors cette reconfiguration ne pouvait se faire, selon l'opinion majoritaire, que par une loi votée par l'Assemblée Nationale<sup>55</sup>. La chambre constitutionnelle déclara ainsi le décret contraire au principe de réserve de loi et laissa l'État costaricien, une fois de plus, dans une situation de manquement de ses obligations envers la Cour IDH.

La Cour IDH publia sa résolution de surveillance de l'exécution de l'arrêt *Artavia Murillo*, le 26 février 2016. Dans sa partie résolutive, la Cour considéra que l'État costaricien s'était acquitté de la majorité des mesures imposées par l'arrêt. Toutefois, elle considéra qu'elle n'avait pas encore réussi à s'acquitter de l'obligation de laisser sans effet l'interdiction de la FIV, elle conclut alors qu'il devait être considéré que « la FIV est autorisée au Costa Rica et que, de façon immédiate, l'exercice de ce droit tant au niveau privé que public devait être garanti »<sup>56</sup>. Mais la Cour est allée encore plus loin, et dans le point résolutif 4 a décidé de « maintenir en vigueur le décret n° 39210-MP-S du 11 septembre 2015 ». Tel Lazare, le décret qui avait été déclaré contraire à la Constitution par la Chambre constitutionnelle seulement 23 jours avant, revint à la vie juridique grâce à l'intervention d'un organe supranational. Cette mesure célébrée par le Gouvernement, car elle permettait de débloquent la situation et de pouvoir contourner la discussion dans une Assemblée Nationale décidément opposée à la FIV. Elle fut, par contre, fortement critiquée par les députés costariciens<sup>57</sup> qui dénonçaient une atteinte à la séparation des pouvoirs. Cette divergence dans la réception de la résolution invite alors à s'interroger sur la portée des pouvoirs de cette dernière dans la supervision de l'exécution de ses arrêts.

#### *b. L'étendue des pouvoirs de la Cour IDH dans la supervision de l'exécution des arrêts face à l'autorité des Cours suprêmes*

L'élément clé du système multiniveaux de protection est la possibilité de surveiller l'exécution des arrêts. En effet, l'exécution des mesures de réparation est la matérialisation du but de justice dans le cas d'espèce<sup>58</sup>. La première fois que la Cour IDH utilisa une procédure de surveillance de l'exécution de ses arrêts fut dans l'affaire *Godínez Cruz c. Honduras* de 1996<sup>59</sup>, mais le fondement légal de cette compétence fut explicitement établi dans l'affaire *Baena Ricardo c. Panama* de 2001<sup>60</sup> où la Cour, face à une exception préliminaire présentée par le Gouvernement du Panama, a expliqué l'étendue de sa compétence, considérant que la supervision des arrêts était une partie inhérente. Cette compétence, développée de façon casuistique, fut codifiée lors de la révision du règlement en 2009 à l'article 69 qui prévoit :

#### Article 69. Surveillance d'exécution des arrêts et autres décisions du Tribunal

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, Considérant V.

<sup>56</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, résolution de surveillance d'exécution d'arrêt, 26 février 2016.

<sup>57</sup> "Diputados cristianos siguen lamentando resolución de la Corte IDH sobre FIV", *El País*, 4 mars 2016.

<sup>58</sup> GONZALEZ-SLAZBERG Damian, "Do States comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court of Human Rights?", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 13, n° 13, 2013, p. 95.

<sup>59</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Godínez Cruz c. Honduras*, résolution de surveillance d'exécution d'arrêt, 10 septembre 1996.

<sup>60</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Baena Ricardo et autres c. Panamá*, Réparations, 2 février 2001.

1. La surveillance des arrêts et autres décisions de la Cour est effectuée par l'élaboration de rapports de l'Etat et des observations présentées sur lesdits rapports par les victimes ou leurs représentants. La Commission interaméricaine doit présenter des observations aussi bien sur le rapport de l'Etat que sur les observations des victimes ou de leurs représentants.

2. La Cour peut demander à d'autres sources, des informations pertinentes sur l'affaire, lui permettant d'évaluer leur état d'exécution. À cet effet, elle peut aussi demander les expertises et les rapports qu'elle considère opportuns.

3. La Cour peut, le cas échéant, convoquer l'Etat et les représentants des victimes à une audience afin de surveiller l'exécution de ses décisions et entendre la Commission.

4. La Cour détermine l'état d'exécution de ses arrêts sur la base des informations reçues et rend les résolutions qu'elle estime pertinentes.

5. Ces dispositions s'appliquent également aux affaires qui n'ont pas été déposées par la Commission.

À la différence du système européen, qui prévoit une surveillance politique de l'exécution des arrêts, le système interaméricain établit alors une surveillance juridictionnelle réalisée par la Cour elle-même. La Cour retient cette compétence jusqu'à ce qu'elle considère que son arrêt a été exécuté dans sa totalité. Le taux d'acquiescement est néanmoins assez bas, ainsi, une étude réalisée qui couvre toutes les affaires jusqu'en 2011, souligne que des 112 cas, seulement 16 (14%) peuvent être considérés comme complètement acquiescés<sup>61</sup>. Il faut, toutefois, souligner que les mesures de réparation ordonnées par la Cour IDH sont, dans la plupart des cas, nombreuses et variées et ne se réduisent pas, comme dans le cas du système européen, à une obligation pécuniaire<sup>62</sup>. Cette variété de mesures rend alors leur exécution plus délicate puisqu'elle implique une plus grande interaction avec les autorités du droit interne. En particulier, les réparations ordonnées nécessitent souvent une action de la part de systèmes judiciaires nationaux. Une étude réalisée de toutes les affaires connues entre 1979 et 2009, démontre que dans plus de deux tiers des cas, la Cour IDH avait ordonné des mesures de réparation qui nécessitaient l'intervention du juge national<sup>63</sup>.

Le problème est que, dans l'affaire *Artavia Murillo*, les interlocuteurs de la Cour IDH pour l'exécution de l'arrêt n'étaient pas explicitement nommés. En particulier, pour la mesure de réparation qu'impliquait de prendre des mesures pour laisser sans effet l'interdiction de pratiquer la FIV, il existait une lecture différente entre la Chambre constitutionnelle, qui considérait que sa décision n'avait pas impliqué une interdiction et par conséquent elle n'était pas l'organe compétente, et la Cour IDH, qui considère que les violations des droits déclarées dans l'affaire ont comme origine la décision de la Chambre constitutionnelle.

La Cour IDH ordonne en général, des obligations de résultat, laissant une marge de manœuvre aux États pour choisir les moyens adaptés pour exécuter et atteindre ce résultat. Ainsi, dans la résolution de surveillance, la Cour IDH explique que, afin de pouvoir laisser sans effets l'interdiction de la FIV, l'État avait plusieurs voies : il pouvait considérer l'arrêt comme directement exécutable et le démonter par l'agissement des autorités concernées qui dénoterait que

---

<sup>61</sup> GONZALEZ-SALZBERG Damian, *op. cit.*, p. 97.

<sup>62</sup> HUNNEUS Alexandra, "Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, 2011, p. 501.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 502.

l'interdiction n'est plus en vigueur, il pouvait adopter des mesures de caractère général comme l'émission d'une décision judiciaire (du tribunal qui avait dicté l'interdiction) ou d'une norme juridique<sup>64</sup>.

La Cour IDH constante néanmoins, que la Chambre constitutionnelle avait eu l'opportunité, via les recours d'amparo présentés par les victimes, non seulement de laisser sans effet sa propre décision de l'an 2000, mais aussi de garantir la réparation ordonnée par la Cour IDH, et qu'elle a toutefois choisi de ne pas le faire. Elle conclut alors que « les agissements de la Chambre constitutionnelle implique qu'elle méconnaît l'arrêt dans le cas, érigeant un obstacle pour l'exécution de ce dernier »<sup>65</sup>. Mais la Cour IDH va encore plus loin dans sa résolution, et déclare que la FIV doit être considérée comme autorisée au Costa Rica. Cela implique un changement par rapport à l'arrêt de condamnation. En effet, la Cour, dans un premier temps, avait ordonné de prendre des mesures pour rendre l'interdiction de la FIV inopérante. Dans la résolution de surveillance elle va jusqu'à choisir cette mesure elle-même, donnant alors des effets directs et généraux à sa décision. Or, comme le souligne le juge VIO GROSSI dans son opinion dissidente « la surveillance de l'exécution des arrêts n'est pas et ne doit pas se transformer en un nouveau jugement. Les résolutions qui en ressortent ne peuvent pas constituer un nouvel arrêt »<sup>66</sup>.

La résolution de surveillance modifie alors l'arrêt qui lui sert de fondement en prévoyant de nouvelles obligations de résultat, notamment celle de maintenir le Décret Exécutif, malgré son annulation par la Chambre constitutionnelle pour cause d'inconstitutionnalité. Plus qu'une constatation des faits, la résolution de surveillance s'est alors transformée en un nouveau jugement des agissements de l'État, critiquant la position de la Chambre constitutionnelle et bénéficiant des agissements du Pouvoir Exécutif. Plus encore, la Cour semble s'approprier de prérogatives quasi-normatives en considérant un décret annulé comme encore en vigueur<sup>67</sup>. Cette position de la Cour peut alors être considérée comme une ingérence dans l'ordre interne puisque non seulement elle va au-delà de sa compétence, mais elle va jusqu'à résoudre, par elle-même, des conflits entre les pouvoirs internes. De plus, la résolution de la Cour laisse des doutes sur le statut juridique du Décret. En effet, la Cour IDH, dans sa résolution indique que l'État doit « maintenir en vigueur » le Décret 39210-MP-S, or, ce décret, depuis la décision de la Chambre constitutionnelle, n'est plus en vigueur, il a été annulé. Son statut et la possibilité qu'il puisse faire l'objet d'autres actions d'inconstitutionnalité pour d'autres motifs ne sont pas abordés par la Cour, produisant une situation d'insécurité juridique<sup>68</sup>.

Si l'on peut comprendre la volonté de la Cour IDH de veiller pour une meilleure exécution de ses arrêts, cet objectif ne peut pas justifier d'outrepasser ses compétences et d'avoir une ingérence directe dans les affaires de droit interne. Cette distorsion dans le transconstitutionalisme qui semblait pouvoir caractériser les relations entre le droit interne costaricien et le système interaméricain s'inscrit, de plus, dans un contexte de critique et de remise en cause du rôle et des compétences de la Cour IDH et, plus généralement, du système de l'Organisation d'États Américains (OEA).

En effet, durant la dernière décennie les tensions entre la Cour IDH et les cours constitutionnelles de certains pays membres se sont accrues. L'exemple le plus frappant est celui

---

<sup>64</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, résolution de surveillance d'exécution d'arrêt, §9.

<sup>65</sup> *Ibid.*, §14.

<sup>66</sup> *Ibid.*, opinion dissidente §17.

<sup>67</sup> JENSEN David, *op. cit.*, p. 83.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 85.

du Venezuela qui a récemment annoncé son retrait de l'OEA (qui sera effectif en 2019) et qui avait déjà dénoncé la CADH en 2012. Ce rejet du système interaméricain se fonde non seulement sur des arguments politiques et diplomatiques, mais trouve aussi ses racines dans un conflit entre la Cour IDH et le Tribunal Suprême. En 2008, la Cour condamna le Venezuela dans l'affaire *Apitz Barbera et Autres* pour avoir porté atteinte aux garanties judiciaires d'un groupe de juges du Tribunal Administratif qui furent démis de leur poste pour une prétendue erreur inexcusable. La Cour condamna le Venezuela à, entre autres mesures, réintégrer ces juges au Pouvoir Judiciaire<sup>69</sup>. La Chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême du Venezuela, connaissant d'une action d'inconstitutionnalité présentée par le Procureur Général de la République a ainsi considéré « que par dessus le Tribunal Suprême de Justice, aux effets de l'article 7 de la Constitution, il n'existe aucun organe juridictionnel [...] L'exécution des arrêts des Tribunaux Supranationaux ne peut pas aller à l'encontre de la souveraineté du pays ni des droits fondamentaux de la République »<sup>70</sup>, elle a ainsi déclaré que l'arrêt de la Cour IDH ne pouvait pas être exécuté et demanda, à l'Exécutif de dénoncer la CADH. Elle a maintenu cette même ligne jurisprudentielle à propos de l'affaire *López Mendoza*, où elle a considéré que « la Cour IDH persiste à dévier la téléologie de la CADH et ses propres compétences, en émettant des ordres directs aux organes du Pouvoir Public du Venezuela (Assemblée Nationale et Conseil National Électoral), usurpant des compétences comme si elle était une puissance coloniale et prétendant imposer à un pays souverain et indépendant, des critères politiques et idéologiques absolument incompatibles avec notre système constitutionnel »<sup>71</sup>.

Récemment, la portée des arrêts de la Cour IDH a aussi été remise en question par la Cour de Justice argentine. Dans l'affaire *Fontevicchia et autres c. Argentine*, sur un cas de liberté d'expression, la Cour IDH a ordonné de laisser sans effet la condamnation civile des victimes dans un délai d'un an. Pour exécuter cette mesure, le Ministère des Affaires étrangères a fait la demande à la Cour Suprême Argentine de laisser sans effet son arrêt. La Cour Suprême Argentine rejeta cette demande considérant que la Cour IDH n'avait pas la compétence de révoquer des arrêts nationaux et que, faire suite à cette requête, impliquerait un bouleversement de l'ordre juridictionnel interne où la Cour IDH deviendrait une sorte de quatrième instance capable de réviser tous les arrêts des tribunaux nationaux<sup>72</sup>.

Si ces critiques ne sont pas nouvelles ni exclusives au système interaméricain, elles connaissent un regain d'importance et d'intensité grâce au renouveau des idéologies souverainistes et conservatrices dans le continent qui voient avec méfiance les agissements d'un organe international dans des sujets sensibles. Cette position peut être résumée par les déclarations du député chilien José Antonio KAST, principal promoteur d'un Congrès de Parlementaires sur le sujet des « Défis à la démocratie dans le Système interaméricain des Droits de l'Homme », et qui affirme :

« Nous sommes profondément préoccupés par le fait que l'OEA, la Commission et la Cour, à travers leurs politiques, résolutions et arrêts, continuent à usurper les obligations uniques et exclusives des institutions législatives et judiciaires de nos pays, sur des sujets comme le droit à la vie, le mariage et la

---

<sup>69</sup> COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Apitz Barbera et autres c. Venezuela*, 5 août 2008.

<sup>70</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DU TRIBUNAL SUPRÊME DU VENEZUELA, résolution n° 1939 du 18 décembre 2008.

<sup>71</sup> CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DU TRIBUNAL SUPRÊME DU VENEZUELA, résolution n° 1547 du 17 octobre 2011, à propos de l'arrêt de la COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire López Mendoza c. Venezuela*, arrêt du 1 septembre 2011.

<sup>72</sup> COUR SUPRÊME DE JUSTICE D'ARGENTINE, arrêt CSJ 368/1998 du 14 février 2017.

famille. Ces actions sont en train de mettre en risque la légitimité et la crédibilité du Système Interaméricain de Droits de l'homme »<sup>73</sup>.

Face à ces critiques, et dans un but de préserver le *ius commune constitutionale latinoaméricain* qui a permis à de nombreux pays de la région d'effectuer leur transition démocratique et de faire avancer, en général, la protection des droits de l'homme dans un continent meurtri par les guerres civiles et les dictatures, il est important de réaffirmer le rôle de la Cour IDH comme interprète authentique de la CADH et comme garant, dans le cadre d'une protection subsidiaire, des droits de l'homme. Toutefois, et pour garantir ce dialogue comme synonyme de recherche de consensus, il est important que la Cour IDH prenne en compte que la construction d'un système de protection multiniveau efficace et accepté comme légitime est un processus graduel et progressif, qui nécessite l'adhésion et la confiance de tous ses acteurs. Sans pour autant remettre en cause les avancées de la jurisprudence interaméricaine sur le fond, une dose de retenue, de *self restraint*, dans le cadre de sa surveillance de l'exécution des arrêts, respectant des obligations de résultats et non pas de moyens, pourrait permettre une meilleure acceptation et, *in fine*, un plus haut taux d'acquiescement des mesures ordonnées par la Cour.

---

<sup>73</sup> “Parlamentarios de la OEA debaten retos de la democracia y Derechos Humanos”, 24 horas, 8 juin 2017.