

Le “code de Nuremberg”, une jurisprudence pénale inaugurale en droit international de la santé

Philippe Amiel, François Vialla

► To cite this version:

Philippe Amiel, François Vialla. Le “code de Nuremberg”, une jurisprudence pénale inaugurale en droit international de la santé. Emmanuel Cadeau, Éric Mondielli, François Vialla. Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger : modernité du droit de la santé, LEH (Les éditions hospitalières), pp.573-585, 2015, 978-2-84874-590-9. hal-01248128

HAL Id: hal-01248128

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01248128>

Submitted on 23 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Philippe Amiel, docteur en droit, directeur de l'Unité de recherche en sciences humaines et sociales de l'Institut Gustave Roussy (Villejuif, France)

François Vialla, professeur des Universités, directeur du Centre européen d'études et de recherches Droit et Santé, Université Montpellier I (Montpellier, France)

Le « code de Nuremberg », une jurisprudence pénale inaugurale en droit international de la santé

1. Depuis bientôt de soixante-dix ans, le jugement rendu à Nuremberg le 19 août 1947 par le Tribunal militaire américain (TMA) dans le Procès des médecins, s'est imposé, à travers le « code de Nuremberg », comme une référence centrale de l'éthique et du droit de la recherche biomédicale sur les êtres humains. Le « code de Nuremberg » est l'extrait du jugement pénal de 1947, qui contient la liste des dix critères utilisés par le Tribunal pour apprécier le caractère licite ou illicite des expérimentations humaines reprochées aux vingt-trois accusés, – des médecins, pour la plupart. Cette liste s'est autonomisée rapidement pour circuler sous la dénomination de « *Nuremberg Code*/code de Nuremberg » en tant que corpus de préceptes déontologiques et de maximes morales s'imposant aux expérimentateurs¹.

2. En France, l'appropriation du « code de Nuremberg » par les éthiciens, qui le redécouvrent au début des années quatre-vingt, s'est construite sur fond de méconnaissance du caractère juridique initial — et essentiel — de ce texte. Au point que la version qu'en donne le Comité national d'éthique en annexe à son grand avis de 1984 sur l'expérimentation humaine,

* Cet article en hommage à Monsieur le Professeur Michel Bélanger prolonge des publications des mêmes auteurs sur le procès des médecins à Nuremberg, desquelles sont repris différents éléments, notamment : Philippe Amiel et François Vialla, « La vérité perdue du “code de Nuremberg” : réception et déformations du “code de Nuremberg” en France », *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 673- 687 ; Philippe Amiel, « Expérimentations médicales : les médecins nazis devant leurs juges », in François Vialla, (éd.). *Les grandes décisions du droit médical*, éd. François Vialla, Paris, L.G.D.J.-Lextenso éd., 2009, p. 431- 444 ; Philippe Amiel, *Des cobayes et des hommes. Expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris, Belles lettres, 2011, 340 p., (« Médecine et sciences humaines »).

¹ L'expression « code de Nuremberg » en français est un calque de l'anglais « *Nuremberg Code* ». Les deux expressions, pourtant, ne sont pas équivalentes. Le mot anglais « *code* » désigne toute espèce de liste de principes, règles, maximes ou critères, quelle que soit sa valeur normative. Derrière le mot « code » en français, nous avons l'idée d'un recueil à valeur normative impérative, comme le « code civil », par exemple. Ce malentendu a sans doute renforcé l'idée d'un « code de Nuremberg » qui aurait été « édicté » (sans qu'on sache vraiment par qui) « après la découverte des expérimentations nazies », voire « après le procès des médecins nazis ». Voir P. Amiel et F. Vialla, *op. cit.* — Pour le texte original en anglais et les principales traductions en français : <http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/NurembergTrad.pdf>

est une adaptation assez éloignée du texte original ; publiée sans source, cette adaptation est reprise telle quelle en 1988 par le Conseil d'État dans son rapport préparatoire aux lois de bioéthique². Cette redécouverte s'accomplissait ainsi dans un processus de « déontologisation » ou d'« éthicisation » oublieux des racines judiciaires du « code de Nuremberg ». Michel Bélanger, avec cette précision qui est sa marque, avait pourtant décrit, dès 1983, dans son *Droit international de la santé*, la nature exacte de ce texte : une *jurisprudence internationale* — et une jurisprudence *pénale*³. Le procès des médecins, en effet, n'était pas un congrès d'éthique.

3. Les tribulations de la réception du « code de Nuremberg », et ses déformations au fil des versions qui ont circulé en français, ont été décrites par ailleurs⁴. En hommage au Professeur Michel Bélanger, et pour faire écho — modestement — à son œuvre de déchiffrement du mouvement international de constitution du Droit de la santé⁵, c'est sur la signification, dans le mouvement international du droit, du « code de Nuremberg » — et, plus largement, du jugement de Nuremberg en 1947 — que nous voudrions revenir. Il convient, en premier lieu, de rappeler la fonction première (et le contenu) du « code de Nuremberg » : récapituler les critères coutumiers de la licéité de l'expérimentation sur l'être humain, par référence auxquels une condamnation pénale des expérimentations illicites devient juridiquement concevable (I). En second lieu, on montrera que, au-delà de cette fonction première, le « code » et le jugement de Nuremberg tout entier ont construit un édifice remarquablement durable : une solution jurisprudentielle internationale au débat sur l'universalisme de la morale médicale (II).

I. DES CRITERES DE LICEITE POUR L'EXPERIMENTATION SUR L'ETRE HUMAIN

4. Le « procès des médecins »⁶, s'est tenu à Nuremberg, du 9 décembre 1946 au 20 août 1947. Il visait vingt médecins et trois fonctionnaires du régime. Les quatre chefs d'accusation

² Comité consultatif national d'éthique, « Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme. Réflexions et propositions », n° 2, 9 octobre 1984 ; Conseil d'État, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, Paris, Documentation française, 1988, deuxième éd., octobre.

³ M. Bélanger, *Droit international de la santé*, Paris, Economica, 1983, p. 44

⁴ P. Amiel et F. Violla, *op. cit.*

⁵ Michel Bélanger, « Une nouvelle branche du droit international : Le droit international de la santé », *Études internationales*, vol. 13 / 4, 1982, p. 611.

⁶ « The Medical Case », vol. I et II in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg [Nürnberg, Nuremberg] Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1949-1953, 15 vol. Le « procès des médecins » suit celui dit « des dignitaires nazis » (1945-1946) avec lequel il ne doit pas être confondu ; le procès des dignitaires se tint devant le Tribunal militaire *international* de Nuremberg (TMI), celui des médecins devant le Tribunal militaire *américain* de Nuremberg (TMA) statuant *dans le cadre de dispositions internationales et au nom des nations alliées*. La décision du TMA de Nuremberg, bien qu'elle soit référencée « *United States of America v. Brandt et al.* », s'impose ainsi, au même titre que les décisions du TMI, comme une jurisprudence pénale internationale.

initiaux (« conspiration » pour la commission des crimes de guerre et crimes contre l'humanité ; « crimes de guerre » ; « crimes contre l'humanité » ; « appartenance à une organisation criminelle ») furent réduits à deux : le chef de conspiration fut abandonné pour défaut de base légale⁷ ; les chefs de crime de guerre et de crime contre l'humanité, s'agissant de faits essentiellement similaires sur des victimes qui ne se différenciaient que par leur statut juridique au regard du droit de la guerre, furent confondus en un seul⁸ ; au final, l'accusation ne retint que les chefs de « crime de guerre et contre l'humanité » et d'« appartenance à une organisation criminelle ». Les faits visés étaient notamment les expériences médicales auxquelles tous les accusés étaient prévenus d'avoir participé⁹. Seize accusés furent condamnés, dont sept à la peine capitale ; sept furent acquittés¹⁰. Tous les accusés condamnés le furent au moins pour leur participation aux expériences (sauf un qui ne le fut que pour son appartenance à l'organisation criminelle SS).

5. Sur la question de l'expérimentation humaine, le chapitre clé du jugement de Nuremberg est intitulé « Expériences médicales acceptables¹¹ ». Il contient la liste des dix critères que le tribunal retint, à partir des débats et des contributions d'experts, pour apprécier le caractère licite ou illicite des expérimentations reprochées aux accusés. C'est cette liste qui est connue postérieurement sous la dénomination « code de Nuremberg », dont des traductions ou des adaptations circulèrent en France à partir des années cinquante. Le TMA de Nuremberg avait à juger des accusés à qui l'on reprochait de n'avoir réuni aucune des conditions qui auraient permis, du point de vue pénal, de considérer les victimes des expérimentations nazies comme les sujets d'expériences licites. Le « code de Nuremberg » et la section entière du jugement qui définit les « expériences médicales acceptables », ne traitent, au fond, que de cette seule question : « *Qu'est-ce qui fait la différence entre un sujet et une victime ?* »

⁷ *Trials of War Criminals...*, op. cit., vol. II, p. 174.

⁸ *Ibid.*

⁹ Les expérimentations humaines incriminées portaient : (A) sur la haute altitude, (B) sur le froid, (C) sur la malaria, (D) sur le gaz moutarde, (E) sur les sulfamides, (F) sur la régénération des os, muscles et nerfs, et sur la transplantation osseuse, (G) sur l'eau de mer, (H) sur l'ictère infectieux, (I) sur la stérilisation de masse, (J) sur le typhus et des vaccins, (K) sur des poisons, (L) sur les bombes incendiaires ; les débats firent apparaître en outre des expériences sur le phlegmon, sur le polygal (un coagulant du sang), sur le phénol et sur l'œdème gazeux. *Ibid.*, p. 175-178. — Certains accusés étaient prévenus, de surcroît, d'être impliqués dans les meurtres de juifs pour la constitution de la collection de squelettes de l'Université allemande de Strasbourg ; dans l'extermination des tuberculeux polonais en Pologne pour protéger de la contagion les allemands de Pologne ; dans l'extermination massive des « bouches inutiles » (personnes âgées, aliénés, enfants malformés, incurables, etc.) et dans l'envoi de médecins pour aider à l'extermination massive des juifs dans les pays occupés.

¹⁰ *Ibid.*, p. 298-299 (« Sentences »).

¹¹ *Ibid.* p. 181-184. Les 130 pages du jugement de Nuremberg (*Trials...*, p. 171-300) n'ont jamais fait, à notre connaissance, l'objet d'une traduction intégrale en français. La décision est rendue les 19 et 20 août 1947 ; elle est confirmée à l'occasion des recours présentés par les accusés ; les condamnations à la peine capitale sont exécutées le 2 juin 1948 à la prison de Landsberg.

6. La liste des critères de licéité établie par le « code de Nuremberg » est organisée séquentiellement de la manière suivant : le consentement du sujet (art. 1) ; la nature de l'expérience (art. 2 et 3) ; la conduite de l'expérience (art. 4 à 7) ; la qualification et la compétence morale des expérimentateurs (art. 8) ; la cessation de l'expérience en cas de danger estimé par le sujet ou l'expérimentateur (art. 9 et 10). On peut, pour l'exposition, thématiser autrement ces critères en regroupant : d'une part, ceux qui visent *le comportement et la qualité des acteurs* (sujet et expérimentateur), incluant la façon de conduire l'expérience, soit les articles 1, et 4 à 10 (A) ; d'autre part, ceux qui portent sur *les caractéristiques intrinsèques des expériences*, soit les articles 2 et 3 (B).

A. CRITERES DE COMPORTEMENT ET DE QUALITE DES ACTEURS

Les critères intéressant les acteurs visent le sujet (articles 1 et 9), d'une part (1°), et l'expérimentateur (articles 1, 4 à 8, et 10), d'autre part (2°).

1° Le sujet et le consentement

7. Dans la construction jurisprudentielle de Nuremberg, le sujet d'expérience est un rôle qui a pour répertoire d'action le simple exercice d'une double facultés : faculté d'autoriser ou de ne pas autoriser sur lui-même l'acte qu'on se propose d'effectuer sur lui¹² (et encore n'a-t-il pas la faculté de consentir à la légère : il est censé s'astreindre à prendre une « *décision éclairée*¹³ ») ; faculté de se retirer, de faire cesser l'expérience sur lui-même, à tout moment sans condition et sans sanction¹⁴. La condition de qualité du sujet est, logiquement, qu'il ait « *la capacité légale de consentir*¹⁵ » — ce qui exclut, selon les critères de Nuremberg, l'expérimentation sur les enfants et sur tous les incapables juridiques. (Différents aménagements, très restrictifs, ont été trouvés depuis pour ne pas exclure les incapables de la possibilité de participer aux essais biomédicaux.) Le reste échappe entièrement au sujet : il n'a pas son mot à dire sur la nature, la pertinence ou les conditions de réalisation de l'expérience qu'on se proposerait de conduire sur lui. Il n'a aucun droit de faire continuer sur lui une expérience que l'expérimentateur jugerait bon d'interrompre. Et il n'a aucun moyen de participer à des expériences qu'on ne lui proposerait pas. Le consentement du sujet, pour Nuremberg, est le consentement d'un volontaire libre de se récuser à tout moment, pas d'un contractant qui s'oblige. Le consentement ici n'est nullement mobilisé dans le cadre d'un échange de volon-

¹² « Code de Nuremberg », art. 1.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, art. 9 ; symétriquement, l'art. 10 oblige l'investigateur à cesser l'expérience s'il s'avère qu'une continuation est dangereuse.

¹⁵ *Ibid.*, art. 1.

tés créateur d'obligations, mais comme condition *sine qua non* de l'autorisation donnée à l'expérimentateur d'attenter à l'intégrité physique d'autrui au motif d'expérimentation, telle que cette autorisation est accordée non pas encore directement par la loi — comme fait notre loi de 1988¹⁶ —, mais par les « *lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* », autant que par les « *principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent des lois pénales de toutes les nations civilisées* ». Le consentement, avec son caractère révocable, est le critère essentiel permettant de distinguer, du point de vue pénal, entre la victime et le sujet. Mais c'est *l'une seulement* des conditions de licéité de l'expérimentation, telles qu'elles sont fixées non par la volonté des acteurs, mais par des normes impératives auxquelles ils n'ont pas le pouvoir de déroger.

Les critères de licéité posés par les juges de Nuremberg visent particulièrement le comportement, la qualification et les qualités morales de l'autre protagoniste de l'expérimentation : l'expérimentateur.

2° L'expérimentateur

Les critères de licéité de l'expérimentation visant l'expérimentateur sont de deux ordres : critères de comportement (dans le recueil du consentement et dans la conduite de l'expérience), d'une part (a) ; critères de qualification et de compétence scientifique et morale, d'autre part (b).

a) Critères de comportement

8. Certaines expériences présentent des caractéristiques qui les rendent illicites (absence d'expérimentation préalable sur l'animal, visée à l'article 3, par exemple). Mais le tribunal ne juge pas des protocoles, il juge des expérimentateurs qui les ont mis en œuvre. C'est sur eux que repose la responsabilité de conduire, dans des conditions que le « code de Nuremberg » définit, les expériences qui peuvent l'être. Ce sont eux qui sont comptables d'avoir apprécié correctement ou non si un protocole pouvait être mise en œuvre, si le consentement du sujet a été donné, si ce consentement était « *informé* » ou donné à la légère, si les dispositions ont été prises pour éviter blessures, infirmité ou décès des sujets. Le « code de Nuremberg » veut permettre, dans la perspective pénale, de répondre à la question : « *L'expérience était-elle licite ?* » Les juges de Nuremberg ont la prudence de faire reposer la licéité des expériences non pas tant sur des définitions dogmatiques que sur des critères pragmatiques de mise en

¹⁶ Loi n° 88- 1138 du 20 décembre 1988 (dite « loi Huriet » ou « Huriet-Sérusclat », du nom de ses rapporteurs au Sénat) relative à la protection des personnes.

œuvre : tout a-t-il été *fait par l'expérimentateur* pour éviter les conséquences actuelles ou potentielles dommageables pour les sujets de l'expérience ? La protection des sujets d'expérience est envisagée non pas tant contre l'expérimentation en soi, que contre le comportement d'expérimentateurs qui ne prendraient pas les précautions nécessaires dans la conduite de l'expérience pour assurer la sécurité physique et mentale des sujets. Ces précautions consistent à s'assurer personnellement de la « *qualité du consentement* » du sujet, et à conduire l'expérience dans des conditions satisfaisantes de préservation des personnes. D'une manière générale, « *l'expérience doit être conduite de façon telle que soient évitées toute souffrance et toute atteinte, physiques et mentales, non nécessaires*¹⁷ » ; spécifiquement, « *les dispositions doivent être prises et les moyens fournis pour protéger le sujet d'expérience contre les risques, même ténus, de blessure, infirmité ou décès*¹⁸ ». Si un certain niveau de risque est admissible, il doit être proportionné : « *Le niveau des risques à prendre ne doit jamais excéder celui de l'importance humanitaire du problème que doit résoudre l'expérience*¹⁹ ». En tout état de cause, la capacité à apprécier les conditions de conduite de l'expérience implique des compétences scientifiques mais également éthiques qui déterminent des exigences particulières notamment en termes de qualification des expérimentateurs.

b) Critères de qualification et de compétence scientifique et morale

9. Le « code de Nuremberg » définit les critères de qualification et de compétence scientifique et morale suivants : les expérimentateurs doivent être des personnes « *scientifiquement qualifiées*²⁰ » ; leur compétence professionnelle doit être « *du plus haut niveau*²¹ », et non pas seulement ordinaire. L'article 10, postule un scientifique capable d'exercer la « *bonne foi et (...) [le] jugement prudent qui sont requis de lui* ». Honnêteté, bonne foi, prudence... autant de critères qui interdisent à l'expérimentateur, s'il est mis en cause, de se réfugier derrière une lecture purement littérale de ses obligations. La vigilance morale active dans la conduite des expériences est requise comme condition de leur licéité.

10. Les critères de Nuremberg visent des situations d'expérimentation, le statut ou la position de ceux qui la dirigent ou y participent étant indifférente du point de vue de la responsabilité ; l'excuse de soumission à une autorité supérieure — à l'autorité de l'État totalitaire, notamment, argument largement mobilisé par les accusés — ne trouve pas de place dans ce

¹⁷ *Ibid.*, art. 4.

¹⁸ *Ibid.*, art. 7.

¹⁹ *Ibid.*, art. 6.

²⁰ *Ibid.*, art. 8.

²¹ *Ibid.*

contexte ; la situation d'expérience répond ou ne répond pas aux critères et « *tous ceux qui la dirigent ou y participent* » en sont responsables. La position du Tribunal est dans la lignée de celle du tribunal militaire international de Nuremberg de 1946 qui avait rejeté l'argument de la soumission à une puissance d'État, réaffirmant le principe de la responsabilité pénale personnelle des agents de crimes de guerre et contre l'humanité.

B. CARACTERISTIQUES INTRINSEQUES DES EXPERIENCES

11. Quelle que soit l'autorisation du sujet et les précautions prises, l'expérimentateur n'est pas libre de conduire n'importe quelle expérience. Le « code de Nuremberg » pose deux critères visant les caractéristiques intrinsèques des expériences, c'est-à-dire des protocoles d'expérience, avant toute mise en œuvre. Le premier critère, à l'article 2, est un double critère d'économie du risque et d'utilité sociale ; le second, à l'article 3, est un critère plus technique d'exigence de prérequis cognitifs qui garantissent que des résultats peuvent être attendus.

12. L'article 2 du « code de Nuremberg » dispose que : « *L'expérience doit être telle qu'elle produise des résultats avantageux pour le bien de la société, impossibles à obtenir par d'autres méthodes ou moyens d'étude, et pas aléatoires et superflus par nature* ». Le texte de Nuremberg fait apparaître deux conditions de licéité cumulatives : la première sur les résultats de l'expérience, la seconde sur la nécessité méthodologique que l'expérimentation soit pratiquée sur l'être humain. L'économie des risques et des avantages interdit de faire courir aucun risque à des sujets humains s'il y a des possibilités de s'y prendre autrement. Mais avant tout, il est requis que l'expérimentation vise une utilité sociale définie et non pas, par exemple, la simple curiosité scientifique.

L'exigence de prérequis scientifiques (expérimentation animale préalable et connaissance de l'histoire naturelle de la maladie), à l'article 2, est une mesure de renforcement de cette disposition.

13. Le modèle de protection des sujets d'expérimentation retenu par le TMA de Nuremberg en 1947 reste, au début du XXI^e siècle, la référence majeure des normes juridiques et déontologiques visant l'expérimentation sur l'être humain. Cette décision historique réaffirme le caractère universel du fondement de l'éthique médicale, en même temps qu'elle impose l'idée que le *consensus universel* dans ces matières n'allant plus de soi, il revient au *droit international* d'en garantir le contenu et l'effectivité.

14. La puissance historique de Nuremberg fut de consacrer un mode d'encadrement normatif particulier de l'expérimentation humaine, fondé sur l'idée d'une *vulnérabilité* telle des

sujets potentiels que leur protection, et celle de l'humanité en ces matières²², ne peut être assurée que par des normes impératives contraignant les expérimentateurs au nom de l'ordre public et, en l'espèce, de l'ordre public *international*. Dans ce cadre, le sujet, victime potentielle de bourreaux éventuels, est trop vulnérable pour participer à un contrat. Les obligations des acteurs (le sujet y compris) découlent de principes fondamentaux d'ordre public, des « *principes généraux du droit pénal* » et du « *droit des gens* ». Leur responsabilité n'est pas contractuelle, elle est délictuelle. La postérité de Nuremberg consacre l'institutionnalisation internationale — déontologique et juridique — de cette approche de l'expérimentation humaine.

II. UNE SOLUTION JURISPRUDENTIELLE INTERNATIONALE AU DEBAT SUR L'UNIVERSALISME DE LA MORALE MEDICALE

15. La décision du TMA clôt un procès dont les acteurs savent qu'il est historique²³. Les faits reprochés sont abominables et les preuves accablantes, mais l'accusation se heurte à une défense remarquablement efficace, qui mobilise des avocats parfaitement entraînés à l'occasion du procès de 1946 devant le Tribunal militaire international. Leur stratégie de défense consiste à miner la consistance des principes normatifs auxquels réfère continûment l'accusation, concrétisés par le serment d'Hippocrate²⁴. Les débats autour de la valeur du serment traditionnel des médecins révèlent sa fragilité intrinsèque comme instrument de régulation du comportement médical. Il ne va plus de soi, après les débats, que le serment personnel du médecin garantisse une lecture commune — *universelle* — de ce qui est bon et juste en matière médicale ; la situation appelle le secours de règles positives spécifiques et détaillées qui permettent de dire ce qui est licite et ce qui ne l'est pas, notamment en matière d'expérimentation. Nuremberg sonne le glas d'une certaine conception de l'autorégulation des comportements médicaux, fondée sur la compétence morale individuelle attestée universellement, en principe, par le fait d'avoir été reçu dans la profession médicale. Le débat sur l'universalisme de la morale médicale trouve sa solution dans le « code de Nuremberg ».

²² Au sens des « lois de l'humanité » auxquelles la décision fait référence.

²³ Paul Julian Weindling, *Nazi Medicine And The Nuremberg Trials: From Medical War Crimes To Informed Consent*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, Palgrave Macmillan, 2004, 496 p.

²⁴ Hippocrate, *Oeuvres complètes*, trad. É. Littré (texte grec en regard), Paris, Baillière, 1819-1861, vol. 4, p. 628-633. Sur les aspects historiques du serment : Jouanna J., *Hippocrate*, Paris, Fayard, 1992, p. 72-74 et 78 sq. — Des versions modernisées du serment (avec de nombreuses variantes locales) sont utilisées aujourd'hui pour la prestation de serment des médecins reçus dans la profession. L'Association médicale mondiale propose un texte connu sous l'appellation de « serment de Genève » (1948-1994).

A. LE DEBAT SUR L'UNIVERSALISME DE LA MORALE MEDICALE

16. La valeur universelle du serment d'Hippocrate — et, notamment, l'engagement de ne pas nuire au malade — est un argument clé de l'accusation (1°) ; sa mise en cause est, logiquement, au cœur de la stratégie de la défense qui s'y emploie avec habileté au point de mettre en porte-à-faux les experts de l'accusation qui paraissaient les plus solides (2°).

1° Le serment d'Hippocrate, présenté par l'accusation comme le fondement de la morale médicale universelle

17. Le sens du serment d'Hippocrate est celui d'un engagement *personnel* (« Je jure... ») de faire le *bien*²⁵. Dans la tradition médicale qui se fonde sur le serment hippocratique, la conscience du médecin autant que son savoir sont l'instrument essentiel de la justesse (aux sens pratique et moral) de ses actions : « suivant mes forces et mon *jugement*...²⁶ ».

18. Cité par l'accusation sur les questions d'éthique de la recherche médicale, le Dr Werner Leibbrand²⁷ dépose le 27 janvier 1947. Son argumentation est qu'une « *médecine nazie* » s'est construite à partir des années vingt sur la base d'un nietzschéisme radical anti-humaniste, qui ouvrait la porte à la réduction biologique de l'être humain. Leibbrand parle de « *pensée biologique* » — qu'il oppose à la pensée « *médicale* », c'est-à-dire, pour lui, à l'exigence humaniste et universaliste qui découle du serment d'Hippocrate, à l'opposé de « *l'éthique nationale-socialiste* ». Le serment d'Hippocrate lie le médecin qui l'a prêté à des valeurs incompatibles avec celles du national-socialisme, affirme-t-il. Si le serment d'Hippocrate ne dispose pas pour l'expérimentation humaine, poursuit-il, il n'en indique pas moins au médecin « *l'attitude médicale de base*²⁸ » qui consiste à « *contenir son désir naturel de recherche*²⁹ ». Les différents experts de l'accusation développèrent cette argumentation du serment d'Hippocrate comme fondement universel d'une moralité médicale qui interdisait à elle seule les expériences pratiquées³⁰.

²⁵ Hippocrate, *loc. cit.* : « Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant mes forces et mon jugement, et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice. » ; « Dans quelque maison que je rentre, j'y entrerai pour l'utilité des malades... »

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Werner Leibbrand (1896-1974), psychiatre, historien de la médecine ; il fut l'introducteur des travaux de Foucault en Allemagne après la guerre.

²⁸ Bayle F, *Croix gammée contre caducée. Les expériences humaines en Allemagne pendant la Deuxième Guerre Mondiale*, Neustadt, Commission scientifique des Crimes de guerre, 1950, p. 1427.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Le Pr Andrew Ivy (1893-1905), désigné par l'*American Medical Association* (AMA), le Dr Leo Alexander (1905-1985), attaché à l'équipe du procureur et qui colligea une grande partie des faits présentés par

2° L'argumentation de la défense

19. Tout le long du procès, les accusés développèrent une stratégie de défense qui consista non pas à nier les faits qui leur étaient reprochés, mais à nier le fondement normatif de la qualification criminelle de ces faits. Aucune norme valide n'interdit l'expérimentation humaine, prétend-elle, et si les conditions dans lesquelles les expérimentations allemandes ont été pratiquées peuvent paraître cruelles, elles ne le sont pas plus que toutes sortes de situations qui se produisent en temps de guerre. Plus fondamentalement, c'est l'idée même du caractère universel (« en tout temps, en tout lieu ») des principes de la moralité médicale qui est contestée : l'éthique allemande de la période incriminée n'est pas l'éthique américaine d'aujourd'hui, argumente la défense. La défense, sur cette base, se développe notamment sur deux fronts. En premier lieu, développe-t-elle, dans un État totalitaire en temps de guerre, il n'y a pas de responsabilité personnelle ; c'est la nécessité de l'État qui se substitue à la volonté individuelle, et il n'y a pas de consentement qui vaille, ni des médecins expérimentateurs, ni des sujets ; dans ces circonstances, l'intérêt de la science au service de la défense de la Nation prime sur celui de l'individu. En second lieu et en tout état de cause, affirment les accusés, les nations au nom desquelles ils sont jugés ont expérimenté et expérimentent encore couramment de façon analogue. Les juges prirent conscience progressivement de l'insuffisance du matériau normatif fourni par le serment d'Hippocrate pour trancher le débat sur l'universalisme des règles de la morale médicale.

B. LE « CODE DE NUREMBERG » COMME SOLUTION AU DEBAT SUR L'UNIVERSALISME DES REGLES DE MORALITE DE L'EXPERIMENTATION HUMAINE

20. Les juges de Nuremberg, et avant eux l'accusation, avaient bien compris la difficulté de s'appuyer sur une norme préexistante, éthique ou juridique, qu'on aurait simplement appliquée : sur des points essentiels comme la participation des prisonniers aux expériences, à partir d'une même référence au serment hippocratique, les experts divergeaient ; un code d'éthique de la recherche, tout frais publié par la puissante *American Medical Association*³¹,

l'accusation, et le Dr Félix Hoering, un professeur de clinique médicale à Tübingen, cité par la défense, déposèrent dans le même sens.

³¹ « Requirements for experiments on human beings [Conditions pour les expériences sur les êtres humains]. Report of the Judicial Council adopted by the House of Delegates of the American Medical Association, December [10-11], 1946 », *JAMA* 1946 (28 dec);132:1090 : « Pour satisfaire à l'éthique de l'Association médicale américaine, trois conditions doivent être satisfaites [par l'expérience] : (1) le consentement de la personne sur laquelle est pratiquée l'expérience doit être obtenu ; (2) le danger de chaque expérience doit être préalablement

aurait pu servir, mais c'était un texte déontologique seulement américain et les conditions de sa publication en fragilisaient la portée³². Les juges de Nuremberg étaient donc appelés à « codifier » eux-mêmes en s'appuyant, en plus des débats, sur les mémoires écrits — tout à fait convergents — des deux principaux experts de l'accusation, Andrew Ivy et Leo Alexander. Le fait est qu'un consensus sur les principes éthiques et pénaux en matière d'expérimentation humaine préexiste au procès (1°). L'innovation centrale du jugement de Nuremberg n'est pas tant dans le contenu des principes que dans la façon de dépasser le débat sur l'universalité éthique par la substitution de la catégorie de l'international à celle de l'universel (2°).

1° Le consensus sur les principes

21. On peut penser que la connaissance des débats et problématiques éthiques, déontologiques et juridiques sur l'expérimentation humaine, tels qu'ils avaient existé avant le séisme nazi, et tels que le débat judiciaire les a révélés en 1946-1947, aurait conduit n'importe quel tribunal raisonnant dans le cadre des principes politiques et moraux des démocraties occidentales (antitotalitaires) à l'affirmation des mêmes critères que ceux que la cour retint dans le jugement de Nuremberg. De fait, l'exigence d'un consentement préalable et informé des sujets, notamment, est consacrée depuis au moins le début du siècle aux Etats-Unis³³ ; l'idée peut en être parfaitement explicitée en France à la même époque³⁴ ; l'Allemagne de Weimar a produit, dans les années trente, des règlements d'une modernité remarquable sur la question, et elle s'apprêtait à légiférer quand les Nazis arrivèrent au pouvoir³⁵.

investigué par l'expérimentation animale, et (3) l'expérience doit être conduite sous une protection et une direction médicales appropriées. » (Notre traduction.)

³² Ces *Requirements* furent publiés à l'initiative d'Ivy, et seulement au moment même de l'ouverture du procès.

³³ Dans le cadre des essais sur la fièvre jaune à Cuba, la mission Reed fait signer aux volontaires un contrat stipulant qu'ils sont consentants et informés des risques : Lederer SE, *Subjected to science. Human experimentation in America before the second world war*, Baltimore (Ma, USA), The John Hopkins University Press, 1997, p. 21 ; Jonsen A.R., *The Birth of Bioethics*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 130 ; le texte de ce contrat de participation en anglais et en espagnol est présenté avec une traduction en français dans Amiel P., *Protection des personnes et droit à l'essai dans la recherche biomédicale en France. Etude jurisociologique*, thèse [droit privé], Montpellier I, 2008, p. 100.

³⁴ Voir la thèse d'exercice de Pierre-Charles Bongrand qui, en 1905, propose de rendre obligatoire le consentement des sujets : Bongrand P.-C., *De l'expérimentation sur l'homme. Sa valeur scientifique et sa légitimité*, thèse pour le doctorat en médecine, Faculté de médecine et de pharmacie de Bordeaux, 27 janvier 1905

³⁵ Circulaire du ministère de l'Intérieur du Reich allemand, relative aux Directives (*Richtlinien*) concernant les nouveaux traitements médicaux et l'expérimentation scientifique sur l'être humain, du 28 février 1931, *Reichsgesundheitsblatt* 1931 ; 6 : 174-175 ; traduction en français dans *Recueil international de Législation sanitaire* 1980 ; 31 (2) : 464-467. — Un premier texte, une « instruction » aux cliniques, est connu en Allemagne dès 1900, qui rappelle l'exigence du consentement des sujets d'expérimentation : Bonah C., Lepicard E., Roelcke V. (dirs), *La médecine expérimentale au tribunal. Implications éthiques de quelques procès médicaux du XXe siècle européen*, Ed. des archives contemporaines, Paris, 2003, p. 426-427.

2° De l'universel à l'international

22. Le jugement de Nuremberg prend bien soin de s'inscrire non pas dans le champ de la déontologie médicale à vocation universelle (l'engagement personnel par le serment hippocratique), mais dans celui de l'ordre public international :

« À l'évidence, toutes ces expériences impliquant brutalités, tortures, blessures incapacitantes et décès furent conduites au mépris absolu des conventions internationales, des lois et coutumes de la guerre, des principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent des lois pénales de toutes les nations civilisées, et de la loi n° 10 du Control Council. Manifestement, les expérimentations humaines dans de telles conditions sont contraires aux "principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique" »³⁶. »

23. Les juges veulent s'en tenir « aux exigences qui sont de nature purement juridiques ou qui, au moins, sont si clairement liés aux questions juridiques qu'elles [...] aideront à déterminer la culpabilité et la sanction criminelles »³⁷. Ils s'appuient sur des références aux règles de droit internationales (droit des gens, droit de la guerre, usages entre nations civilisées...) plutôt que sur la déontologie ou l'éthique. Par ce canal, le jugement dépasse la dialectique du relatif et de l'universel dans lequel s'enfermait le débat sur le serment hippocratique : il assume le contenu axiologique de l'éthique médicale universaliste (dans la lecture qu'en font les démocraties antitotalitaires) ; il le « refonde » par le droit international. Au bout du compte, le jugement de Nuremberg consacre les obligations personnelles qui découlent du serment d'Hippocrate, mais il les fait découler du droit international plutôt que d'une universalité vague. C'est là que réside la grande innovation de Nuremberg, que les lectures purement éthiques peinent à reconnaître. En substituant la catégorie de l'international à celle de l'universel, le jugement de Nuremberg au procès des médecins consacre en réalité non pas

³⁶ *Trials of War Criminals...*, op. cit., vol. II, p.181-184. L'expression entre guillemets cite verbatim la traduction en anglais d'un paragraphe du préambule de la Convention de La Haye sur les lois de la guerre sur terre : Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907. Mechelynck A., *La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après les Actes et Documents des Conférences de Bruxelles de 1874 et de La Haye de 1899 et 1907*, Gand, Maison d'éditions et d'impressions, anc. Hoste, 1915. Le texte complet (version initiale en français) du paragraphe de la Convention est le suivant : « En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. » (Soulignement ajouté.)

³⁷ *Trials of War Criminals...*, op. cit., vol. II, p. 182.

une « *irruption de l'éthique* »³⁸ — les principes éthiques ont été forgés très antérieurement et le jugement de Nuremberg fut, malheureusement, sans effet immédiat sur les pratiques de recherche —, mais une irruption de la normativité internationale comme support de la vocation universaliste des principes. Nuremberg est un moment inaugural de la construction d'un mouvement normatif qui ne cessera pas d'être international (Déclaration d'Helsinki de l'Assemblée médicale mondiale, 1964 ; Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, art. 7, 1966) et dont dérivent les réglementations nationales comme, en France, la loi de 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

Au fond, le « code de Nuremberg » et l'ordre juridique international qui en découle en matière d'expérimentation sur les êtres humains illustrent bien ces « *forces imaginantes du droit* » porteuses de mutations de « *l'interétatique* » vers le « *supraétatique* »³⁹, — le supraétatique des juristes accomplissant, dans cette vision, l'universel des philosophes.

—

³⁸ V. Halioua B., *Le procès des médecins de Nuremberg : l'irruption de l'éthique médicale*, Paris, Vuibert (Espace éthique), 2007.

³⁹ Delmas-Marty M., *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil (La couleur des idées), 2004 ; p. 9 et p. 54 sq.