



HAL
open science

Expérimentations médicales : les médecins nazis devant leurs juges

Philippe Amiel

► **To cite this version:**

Philippe Amiel. Expérimentations médicales : les médecins nazis devant leurs juges. F. Violla. Les grandes décisions du droit médical, LGDJ, pp.431-444, 2009, 978-2275034706. hal-00867313

HAL Id: hal-00867313

<https://hal.science/hal-00867313>

Submitted on 9 Oct 2013

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.

Expérimentations médicales : les médecins nazis devant leurs juges

► Décision

Jugement du Tribunal militaire américain de Nuremberg dans le « procès des médecins », 19-20 août 1947.

(« *United States of America v. Karl Brandt et al.* »), incluant le « code de Nuremberg ». Traduction nouvelle d'après le texte en américain (*Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1949-1953, vol. 2 ; p. 181-184).

« Expériences médicales acceptables. La grande force des pièces [produites] devant nous est de nous apprendre que certains types d'expériences médicales sur l'être humain, quand elles sont inscrites dans des limites raisonnablement bien définies, sont conformes à l'éthique de la profession médicale en général. Les protagonistes de la pratique de l'expérimentation humaine justifient leurs vues sur le fondement de ce que de telles expériences produisent des résultats pour le bien de la société, qui sont impossibles à obtenir par d'autres méthodes ou moyens d'étude. Tous s'accordent, quoi qu'il en soit, sur ceci que certains principes fondamentaux doivent être observés afin de répondre aux notions morales, éthiques et légales :

1. Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel.

Cela veut dire que la personne concernée doit avoir la capacité légale de consentir ; qu'elle doit être placée en situation d'exercer un libre pouvoir de choix, sans intervention de quelque élément de force, de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autres formes sournoises de contrainte ou de coercition ; et qu'elle doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes de ce que cela implique, de façon à lui permettre de prendre une décision éclairée. Ce dernier point demande que, avant d'accepter une décision positive par le sujet d'expérience, il lui soit fait connaître : la nature, la durée, et le but de l'expérience ; les méthodes et moyens par lesquels elle sera conduite ; tous les désagréments et risques qui peuvent être raisonnablement envisagés ; et les

conséquences pour sa santé ou sa personne, qui pourraient possiblement advenir du fait de sa participation à l'expérience.

L'obligation et la responsabilité d'apprécier la qualité du consentement incombent à chaque personne qui prend l'initiative de, dirige ou travaille à, l'expérience. Il s'agit d'une obligation et d'une responsabilité personnelles qui ne peuvent pas être déléguées impunément.

2. 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 ou superflus par nature.

3. L'expérience doit être construite et fondée de façon telle sur les résultats de l'expérimentation animale et de la connaissance de l'histoire naturelle de la maladie ou autre problème à l'étude, que les résultats attendus justifient la réalisation de l'expérience.

4. L'expérience doit être conduite de façon telle que soient évitées toute souffrance et toute atteinte, physiques ou mentales, non nécessaires.

5. Aucune expérience ne doit être conduite lorsqu'il y a une raison a priori de croire que la mort ou des blessures invalidantes surviendront ; sauf, peut-être, dans ces expériences où les médecins expérimentateurs servent aussi de sujets.

6. Le niveau des risques devant être pris ne doit jamais excéder celui de l'importance humaine du problème que doit résoudre l'expérience.

7. Les dispositions doivent être prises et les moyens fournis pour protéger le sujet d'expérience contre les éventualités, même ténues, de blessure, infirmité ou décès.

8. Les expériences ne doivent être pratiquées que par des personnes scientifiquement qualifiées. Le plus haut degré de compétence professionnelle doit être exigé tout au long de l'expérience, de tous ceux qui la dirigent ou y participent.

9. Dans le déroulement de l'expérience, le sujet humain doit être libre de mettre un terme à l'expérience s'il a atteint l'état physique ou mental où la continuation de l'expérience lui semble impossible.

10. Dans le déroulement de l'expérience, le scientifique qui en a la charge doit être prêt à l'interrompre à tout moment, s'il a été conduit à croire — dans l'exercice de la bonne foi, de la compétence du plus haut niveau et du jugement prudent qui sont requis de lui — qu'une continuation de l'expérience pourrait entraîner des blessures, l'invalidité ou la mort pour le sujet d'expérience.

Sur les dix principes énoncés, ce qui nous intéresse judiciairement, bien entendu, ce sont les exigences qui sont de nature purement juridique — ou qui, au moins, sont si clairement liées aux questions juridiques qu'elles nous aideront à déterminer la culpabilité et la sanction criminelles. Aller au-delà nous conduirait sur un terrain qui excède notre sphère de compétence. En tout état de cause, il n'y a pas lieu de s'étendre sur ce point.

On dégage des faits que, dans les expériences médicales qui ont été avérées, ces dix principes ont été plus fréquemment reconnus par l'infraction que par l'observance. Un grand nombre des détenus de camps de concentration, qui furent victimes de ces atrocités étaient des citoyens d'autres pays que le Reich allemand. Ils étaient des nationaux non allemands, incluant des Juifs et des « asociaux », prisonniers de guerre ou civils, qui avaient été emprisonnés et forcés de subir ces tortures et barbaries sans même un semblant de procès.

Dans chaque espèce apparaissant dans le dossier, des sujets furent utilisés qui n'avaient pas consenti à l'expérience ; bien plus, pour ce qui est de certaines de ces expériences, il n'est même pas avancé par les accusés que les sujets avaient le statut de volontaire. En aucun cas le sujet d'expérience n'eut la liberté de choisir de quitter une expérience. Dans beaucoup de cas, les expériences furent réalisées par des per-

sonnes non qualifiées, conduites au hasard, sans raison scientifique précise, et dans des conditions matérielles révoltantes.

Toutes les expériences furent conduites avec des souffrances et des blessures inutiles et seulement de très faibles précautions furent prises, quand elles le furent, pour protéger les sujets humains des risques de blessure, incapacité ou décès. Dans chacune de ces expériences, les sujets subirent une douleur ou une torture extrêmes, et dans la plupart d'entre elles, ils souffrirent de lésions permanentes, de mutilation ou moururent du fait des expériences, directement ou à cause de l'absence de soins de suite appropriés.

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 ».

Si un quelconque des accusés dans le box est coupable de ces atrocités est, bien entendu, une autre question.

Dans le système juridique anglo-saxon, chaque accusé dans une affaire criminelle est présumé innocent des charges qui lui sont imputées jusqu'à ce l'accusation, par des preuves recevables et crédibles, ait montré sa culpabilité sans qu'il subsiste aucun doute raisonnable. Et cette présomption dure, s'agissant des accusés, à travers chaque étape de son procès jusqu'à ce qu'un tel degré de preuve ait été apporté. Un « doute raisonnable », comme son nom l'indique, est un doute compatible avec la raison, — un doute qu'un homme raisonnable peut envisager. Présenté autrement, c'est un état de l'affaire qui, après une comparaison et un examen de tous les faits, laisserait une personne impartiale, sans préjugés, réfléchie, à qui est confiée la responsabilité de décider, dans l'état d'esprit dans lequel elle ne pourrait pas dire qu'elle éprouve une conviction constante équivalant à la certitude morale de la véracité de l'inculpation.

Si l'un des accusés doit être déclaré coupable du chef d'accusation II ou III, il doit l'être parce que les preuves ont montré au-delà de

tout doute raisonnable que cet accusé, sans préjudice de sa nationalité ou de la qualité au titre de laquelle il a agi, a participé à titre principal ou accessoire, a ordonné, encouragé, accepté, ou a été lié aux plans ou aux initiatives impliquant la commission d'au moins quelques unes des expériences médicales et autres atrocités qui sont l'objet de ces chefs

d'accusation. En aucun autre cas ils ne sauraient être condamnés.

Avant d'examiner les faits que nous devons considérer pour déterminer les culpabilités individuelles, un bref exposé a paru utile concernant quelques agences officielles du gouvernement allemand et du parti nazi auxquelles il sera fait référence dans ce jugement. »

► Synthèse

Le modèle de protection des sujets d'expérimentation défini par le Tribunal militaire américain 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.

► Analyse et observations

673. Le « procès des médecins »¹, 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 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 légale² ; 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 seul³ ; 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 participé⁴. Seize accusés furent condamnés,

¹ « The Medical Case », vol. I et II in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg [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 (v. M. Bélanger, *Droit international de la santé*, Paris, Economica, 1983, p. 44).

² *Trials of War Criminals...*, *op. cit.*, vol. II, p. 174.

³ *Ibid.*

⁴ 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

dont sept à la peine capitale¹ ; sept furent acquittés. Tous les 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).

674. La décision du Tribunal militaire américain (TMA)² est surtout connue pour son chapitre intitulé « *Expériences médicales acceptables*³ », qui 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 cinquante⁴. De fait, ce chapitre (qui ne se résume pas à la liste de critères du « code de Nuremberg ») concentre à lui seul tout le caractère séminal de la décision du TMA. La portée de cette décision est sur deux plans : elle apporte une solution jurisprudentielle *internationale* au débat sur l'universalisme de la morale médicale; elle trace, dans ce cadre, les caractéristiques essentielles qui font qu'une expérimentation médicale sur l'être humain est licite ou illicite.

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

675. La décision du TMA clôt un procès dont les acteurs savent qu'il est historique. 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'Hippocrate⁵. 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

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.

¹ *Ibid.*, p. 298-299 (« *Sentences* »).

² *Ibid.*, p. 171-300. Les 130 pages du jugement de Nuremberg 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.

³ *Ibid.* p. 181-184.

⁴ On a montré par ailleurs le caractère problématique de la « décontextualisation » du « code de Nuremberg » par les adaptations « éthicisantes » qui gomment son ancrage pénal ; la version utilisée par le Comité national d'éthique pour son avis n° 2 en 1984 (« Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme », 9 octobre 1984), reprise par le Conseil d'Etat à l'appui de son étude sur la bioéthique en 1988 (*Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, Paris, Documentation française, 1988, deuxième éd., octobre), n'a ainsi plus qu'un lointain rapport avec le texte initial de la décision du TMA. Amiel P., Vialla F., « La vérité perdue du “code de Nuremberg” : réception et déformations du “code de Nuremberg” en France (1947-2007) », *Rev. dr. sanit. et soc.* 2009;4:673-687.

⁵ 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).

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 ».

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

676. La valeur universelle du serment d'Hippocrate — et, notamment, l'engagement de ne pas nuire au malade — est un argument clé de l'accusation ; 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.

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

677. Le sens du serment d'Hippocrate est celui d'un engagement *personnel* (« Je jure... ») à faire le *bien*¹. Dans la tradition médicale qui se fonde sur le serment hippocratique, la conscience du médecin, autant que son savoir, est l'instrument essentiel de la justesse (aux sens pratique et moral) de ses actions : « suivant mes forces et mon *jugement*...² ».

678. Cité par l'accusation sur les questions d'éthique de la recherche médicale, le Dr Werner Leibbrand³ 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*⁴ » — 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*⁵ » qui consiste à « *contenir son désir naturel de recherche*⁶ ». 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 pratiquées⁷.

¹ 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... »

² *Ibid.*

³ Werner Leibbrand (1896-1974), psychiatre, historien de la médecine ; il fut l'introducteur des travaux de Foucault en Allemagne après la guerre.

⁴ *Trials of War Criminals...*, *op. cit.*, vol. II, *op. cit.*, p. 80 : « Par pensée biologique, j'entends l'attitude d'un médecin qui ne prend aucunement compte du sujet, pour qui le patient est devenu un simple objet, de façon telle que la relation humaine n'a plus lieu, et pour qui un homme devient un simple objet comme [l'est] un colis postal. »

⁵ 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.

⁶ *Ibid.*

⁷ Le Pr Andrew Ivy (1893-1905), désigné par la puissante *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 l'accusation, et le Dr Félix Hoering, un professeur de clinique médicale à Tübingen, cité par la défense, déposèrent dans ce sens.

2° L'argumentation de la défense

679. 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

680. Le procès de Nuremberg n'était pas un congrès d'éthique et les critères du « code de Nuremberg » doivent être compris dans le contexte juridique pénal qui est le leur. 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 appliqué : 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 l'AMA¹, aurait pu servir, mais c'était un texte déontologique seulement américain et les conditions de sa publication² en fragilisaient la portée. 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. 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.

¹ « 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 investigué par l'expérimentation animale, et (3) l'expérience doit être conduite sous une protection et une direction médicales appropriées. » (Notre traduction.)

² À l'initiative d'Ivy précisément, et au moment même de l'ouverture du procès.

1° Le consensus sur les principes

681. 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. L'exigence d'un consentement préalable et informé des sujets, notamment, est consacrée depuis au moins le début du siècle aux Etats-Unis¹ ; l'idée peut en être parfaitement explicitée en France à la même époque² ; 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 pouvoir³.

2° De l'universel à l'international

682. 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" »⁴.

¹ 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.

² 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

³ 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.

⁴ *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 bel-ligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des

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* »¹. 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 éthiciennes 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 une « *irruption de l'éthique* »² — 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.

683. La décision du TMA n'a pas qu'une portée sur la question générale de l'universalisme des valeurs de la déontologie médicale ; elle dispose aussi de manière détaillée sur les critères de licéité de l'expérimentation médicale sur l'être humain.

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

684. 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 matières³, 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.

685. La jurisprudence de Nuremberg établit des critères qui permettent de sanctionner les dérives socialement et éthiquement pathologiques des expérimentateurs (quel que soit leur statut). Le « code de Nuremberg » et la section entière du jugement qui définit les « *expériences médicales acceptables* » ne traite, au fond, que d'une seule question : « Qu'est-ce qui fait la différence entre un sujet et une victime ? » Le tribunal juge des accusés à qui l'on reproche de n'avoir réuni aucune des conditions qui permettraient, du point de vue pénal, de considérer les victimes des expérimentations nazies comme les sujets d'expériences licites. C'est dans ce sens, ancré dans le point de vue pénal, que doit se lire le « code de Nuremberg ».

usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. » (Soulignement ajouté.)

¹ *Trials of War Criminals...*, *op. cit.*, vol. II, p. 182.

² V. Halouia B., *Le procès des médecins de Nuremberg : l'irruption de l'éthique médicale*, Paris, Vuibert (Espace éthique), 2007.

³ Au sens des « lois de l'humanité » auxquelles la décision fait référence.

686. La liste des critères de licéité établie par le « code de Nuremberg » est organisée séquentiellement de la manière suivante : 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; d'autre part, ceux qui portent sur *les caractéristiques intrinsèques des expériences*, soit les articles 2 et 3.

A. CRITERES DE COMPORTEMENT ET DE QUALITE DES ACTEURS

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

1° Le sujet et le consentement

688. Dans la construction jurisprudentielle de Nuremberg, le sujet d'expérience est un rôle qui a pour répertoire d'action l'exercice des deux seules facultés qui lui sont reconnues : la faculté d'autoriser ou de ne pas autoriser sur lui-même l'acte qu'on se propose d'effectuer sur lui¹ (et encore n'a-t-il pas la faculté de consentir à la légère : il est censé s'astreindre à prendre une « *décision éclairée*² ») ; la faculté de se retirer, de faire cesser l'expérience sur lui-même, à tout moment sans condition et sans sanction³. La condition de qualité du sujet est, logiquement, qu'il ait « *la capacité légale de consentir*⁴ » — 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 volontés 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 1988 —, 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 pas par la volonté des acteurs, mais par des normes impératives auxquelles ils n'ont pas le pouvoir de déroger.

¹ « Code de Nuremberg », art. 1.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, art. 9 ; symétriquement, l'art. 10 oblige l'investigateur à cesser l'expérience s'il s'avère qu'une continuation est dangereuse.

⁴ *Ibid.*, art. 1.

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

689. 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 ; critères de qualification et de compétence scientifique et morale, d'autre part.

a) Critères de comportement

690. 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 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*¹ » ; spécifiquement, « *les dispositions doivent être prises et les moyens fournis pour protéger le sujet d'expérience contre les risques, même tenus, de blessure, infirmité ou décès*² ». 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*³ ».

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

691. Le « code de Nuremberg » définit les critères de qualification et de compétence scientifique et morale suivant : les expérimentateurs doivent être des personnes « *scientifiquement*

¹ *Ibid.*, art. 4.

² *Ibid.*, art. 7.

³ *Ibid.*, art. 6.

qualifiées¹ » ; leur compétence professionnelle doit être « *du plus haut niveau*² », 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.

Les critères de Nuremberg visent des situations d'expérimentation, le statut ou la position de « *tous 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'Etat totalitaire, notamment, argument largement mobilisé par les accusés — ne trouve pas de place dans ce contexte ; la situation d'expérience répond ou ne répond pas aux critères et « *tous ceux qui la dirigent ou y participent* » en sont responsables.

B. CRITERES VISANT LES CARACTERISTIQUES INTRINSEQUES DES EXPERIENCES

692. 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 assurent que des résultats peuvent être attendus.

L'article 2 du « code de Nuremberg » stipule 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* ». Lu *a contrario*, le texte de Nuremberg fait apparaître deux conditions de licéité cumulatives : une première lecture indique qu'est illicite « *l'expérience qui ne produit pas des résultats avantageux pour le bien de la société* » ; une seconde, qu'est illicite « *l'expérience qui produit des résultats avantageux pour le bien de la société possibles à obtenir par d'autres méthodes ou moyens d'étude* ». 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) est une mesure de renforcement de cette disposition.

693. Sans doute peut-on envisager avec Mireille Delmas-Marty, que les « *forces imaginantes du droit* » amènent, dans le monde contemporain, une mutation — qui ne serait encore que « *par fragments* » — de « *l'interétatique* » vers le « *supraétatique*³ », le supraétatique, dans cette vision, se confondant avec l'universel. C'est, en réalité, ce qu'accomplit déjà le jugement de Nuremberg dans le procès des médecins. Ainsi s'institutionnalise le « modèle de Nuremberg » dont héritent les textes internationaux postérieurs stipulant pour l'expérimentation sur l'être humain (Déclaration d'Helsinki de l'Assemblée médicale mondiale, 1964 ; Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, art. 7, 1966), puis les

¹ *Ibid.*, art. 8.

² *Ibid.*

³ 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.

réglementations nationales comme, en France, la loi de 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

—