

Dr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička*
Vinko Galiot**

UDK: 341.48:342.347
341.48:343.615/.617
341.645:341.48
Primljeno: lipanj 2015.
Izvorni znanstveni rad

EKSPERIMENTI NA LJUDIMA KAO ZLOČIN PROTIV ČOVJEČNOSTI: OD NÜRNBERŠKOG MEDICINSKOG SUĐENJA DO PREDMETA PFIZER

Metamorfoza zločina protiv čovječnosti iz jezgrenog zločina kroz koji međunarodno pravo daje odgovor na najteža kršenja međunarodnog humanitarnog prava u zločin kroz koji se daje odgovor na najteža kršenja međunarodnog prava ljudskih prava otvara pitanje koja kršenja temeljnih ljudskih prava opravdavaju stigmatu zločina protiv čovječnosti. Supsumiranje nekonsenzualnog podvrgavanja ljudi masovnim eksperimentima u kategoriju zločina protiv čovječnosti dugo se smatralo pravnom avangardom, čak i nakon nürnberškog suđenja nacističkim liječnicima za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti počinjene vršenjem medicinskih eksperimenata u koncentracijskim logorima. Povezujući nürnberško „medicinsko“ suđenje s postupkom protiv vodeće farmaceutske korporacije Pfizer za provođenje fatalnih eksperimenata nad djecom u Nigeriji, rad promišlja mogućnost kaznenopravnog tretmana ovih zločina počinjenih u sprezi multinacionalnih korporacija, državne vlasti i političkih elita kao zločina protiv čovječnosti. I dok nacistički „medicinski“ zločini predstavljaju najekstremniji oblik masovnog eksperimentiranja nad civilnim stanovništvom čijom je jedinom vrijednošću smatrano to da su poslužili kao objekt iznalaženju sredstva za istrebljenje društvenih skupina kojima su pripadali, za „moderni“ kontekst kriminalnog eksperimentiranja na ljudima svojstven je proboj novih aktera – multinacionalnih farmaceutskih korporacija i primat novog interesa – onog ekonomskog. Problematizirajući utemeljenost stavljanja nekonsenzualnih medicinskih eksperimenata u istu ravan s „klasičnim“ modusima izvršenja zločina protiv čovječnosti, u radu se preispituju elementi ovog zločina koji bi na prvi pogled mogli uputiti na nemogućnost odgovora međunarodnog kaznenog prava na ove prakse. Rad prati proboj zabrane nekonsenzualnih eksperimenata u međunarodno pravo kroz recepciju nürnberškog kodeksa, analizirajući uzroke odbojnosti koja je spram vodećih bioetičkih instrumenata koji odstupaju od nürnberškog naslijeđa prisutna upravo u državama čiji su prošli režimi

* Dr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička, docentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu (Assistant Professor at Chair of Criminal Law Faculty of Law, University of Zagreb); voditeljica Znanstveno-istraživačkog odbora za pravnu perspektivu u integrativnoj bioetici pri Znanstvenom centru izvrsnosti za integrativnu bioetiku: suncana.roksandic.vidlicka@pravo.hr.

** Vinko Galiot, mag. iur. (Vinko Galiot, LLM): galiotvinko@gmail.com.

izvršili najveća zvjerstva eksperimentirajući s ljudima. Iako se danas ovakve kriminalne prakse više ne vrše u ime zločinačke ideologije nad „ljudima nevrijednim življenja“, primjetna je tendencija da se nekonzenzualnim eksperimentima primarno podvrgavaju oni smatrani manje vrijednima—ugrožene skupine iz najsiromašnijih zemalja svijeta—redovito u režiji korporacija iz najbogatijih zemalja svijeta s barem prešutnim pristankom vlasti zemalja čiji su stanovnici subjekti eksperimenata. Rad ukazuje na posljedice neriješavanja kolizije interesa različitih dionika u provođenju medicinskih istraživanja u korist samih subjekata istraživanja te razmatrajući pruža li im međunarodno kazneno pravo dostatnu zaštitu.

Ključne riječi: medicinski eksperimenti; zločin protiv čovječnosti; međunarodno kazneno pravo; predmet Pfizer; Nürnberško medicinsko suđenje; Nürnberški kodeks, informirani pristanak.

1. UVOD: ZAŠTO OVA TEMA I ZAŠTO POVEZIVANJE NÜRNBERŠKOG MEDICINSKOG SUĐENJA I POSTUPKA PROTIV PFIZERA¹

Nürnberško suđenje najznačajnijim liječnicima Trećeg Reicha u predmetu *Brandt et al.*² za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti počinjene podvrgavanjem zatočenika logora smrti medicinskim eksperimentima i provođenjem programa eutanazije ljudi *nevrijednih življenja*, ostavilo je neizbrisiv trag u razvoju međunarodnog kaznenog prava, ali i medicinskog prava, bioetike, i prava ljudskih prava.³ U Nürnbergu su udareni temelji za pravnu kvalifikaciju nedopuštenih medicinskih eksperimenata kao zločina protiv čovječnosti. Kako će prilikom jedne od brojnih reminiscencija sudova

¹ Članak je pisan u okviru projekta „Novi hrvatski pravni sustav“ na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Autori se zahvaljuju kolegama Jurju Brozoviću, mag. iur., i Relji Rajkoviću, studentu Pravnog fakulteta u Zagrebu i seminaristu iz kaznenog prava doc. dr. sc. Roksandić Vidličke u akademskoj godini 2013./14., na pomoći oko tehničkog uređivanja teksta i prevođenja određenih dijelova teksta.

² V. predmet *The United States of America against Karl Brandt, Siegfried Handloser, Paul Rostock, Oskar Schroeder, Karl Genzken, Karl Gebhardt, Kurt Blome, Rudolf Brandt, Joachim Mrugowsky, Helmut Poppendick, Wolfram Sievers, Gerhard Rose, Siegfried Ruff, Hans Wolfgang Romberg, Viktor Brack, Hermann Becker-Freyseng, Georg August Weltz, Konrad Schaefer, Waldemar Hoven, Wilhelm Beiglboeck, Adolf Pokorny, Herta Oberheuser, and Fritz Fischer, Defendants*. Spis predmeta dostupan u: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 1, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949 [dalje: *Trials of War Criminals – Medical Case I*] i *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 2, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949, 1-352. [dalje: *Trials of War Criminals – Medical Case II*].

³ V. pogotovo *Freyhofer* 2004. Također i *Schaller* 2008, 6.

na ovo suđenje i osobito na tzv. Nürnberški Kodeks biti potvrđeno, „Zaključak američkog tribunala da postupci protivni prvom načelu [Nürnberškog] Kodeksa konstituiraju zločin protiv čovječnosti je lucidna indikacija međunarodnog značaja zabrane nekonsenzualnog medicinskog eksperimentiranja. Kao što su suci Vrhovnog suda prepoznali, 'medicinsko suđenje u Nürnbergu 1947. duboko je usjeklo u svijest čovječanstva da je eksperimentiranje na subjektima bez njihova znanja moralno i pravno neprihvatljivo'.“⁴ Značaj Medicinskog suđenja ne iscrpljuje se u njegovoj važnosti za međunarodno kazнено pravo. Suđenje nacističkim liječnicima od neizmjernog je utjecaja i za medicinsko pravo, pravo ljudskih prava i bioetiku. Problemizirajući odnos ovih disciplina, *George Annas* ističe kako upravo Nürnberški kodeks predstavlja „vezivno tkivo koje povezuje ljudska prava, bioetiku i medicinsko pravo te se može ustvrditi da je upravo u Nürnberškom suđenju nacističkim liječnicima rođena moderna bioetika.“⁵

Svjedoci smo epidemije ebole u zapadnoj Africi i odgovora međunarodne zajednice čiju kulminaciju predstavlja usvajanje Rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih Naroda 2014. godine kojom je utvrđeno kako „unprecedented extent of the Ebola outbreak in Africa constitutes a threat to international peace and security“.⁶ Na samoj sjednici Vijeća Sigurnosti pojedine su države, poput Kanade i Japana, istaknule da su pružile ili će

⁴ V. odluku *United States Court of Appeals for the Second Circuit* o vraćanju predeta na ponovno suđenje, *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 179. Ovdje je žalbeni sud citirao Izdvojeno mišljenje suca *Brennana* u predmetu *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687, o čemu više u poglavlju 5.1.

⁵ *Annas* 2009, 19. Isti autor, oslanjajući se na Descartesovo metaforičko poimanja filozofije, iznosi kako je „[d]rvo ljudskih prava ukorijenjeno u Drugom svjetskom ratu i Holokaustu, njegovo je korijenje u univerzalnom pravu i ljudskom dostojanstvu, artikuliranima na suđenju glavnim nacističkim ratnim zločincima u Nürnbergu, te primjenjivima na sve ljude temeljem njihove pripadnosti ljudskom rodu“. *Annas* 2004, 659. Iako priznaje da su tri discipline, ljudska prava, bioetika i medicinsko pravo, često jedna na drugu gledala sumnjičavo, autor drži da iste treba shvaćati kao „integralne simbiotičke dijelove organske cjeline.“ *Ibid.*, 658. Descartesov pasus na koji se referira *Annas* glasi: „Prema tome, cijela filozofija je kao drvo, kod kojeg je metafizika korijen, fizika deblo, a sve ostale znanosti grane koje rastu iz tog debla koje se dijele u tri glavne, naime, medicinu, mehaniku i etiku. Pod znanošću morala, podrazumijevam najvišu i savršenu koja je, pretpostavljajući znanje svih drugih znanosti, zadnji stupanj mudrosti. Međutim, plodove ne beremo iz korijena i trupa, već vrhova grana pa glavna korisnost filozofije ovisi o odvojenom korištenju svojih dijelova koje možemo zadnje spoznati.“ V. *Descartes* 2004, 10.

⁶ United Nations Security Council Resolution 2177, 18 September 2014, UN Doc. S/RES/2177 (2014).

pružiti pomoć u vidu eksperimentalnih cjepiva i lijekova protiv ebole.⁷ U ožujku 2015., godinu dana nakon izbijanja epidemije, počelo je ispitivanje cjepiva protiv ebole u zapadnoj Africi u okviru treće faze kliničkog ispitivanja lijeka nad većim brojem ispitanika.⁸ Gorak okus stoljeća kršenja temeljnih ljudskih prava ljudi podvrgnutih istraživanjima poziva na oprez. Poučeni povijesnim iskustvom, potrebno je ponovno ukazati kako plemenita želja za suzbijanjem teških bolesti ne smije biti ostvarena kršenjem temeljnih prava subjekata istraživanja, bez obzira koristi li njima samima samo istraživanje ili ne, odnosno bez obzira radi li se o terapeutskom istraživanju, kao što je slučaj s ispitivanjem cjepiva protiv ebole, ili neterapeutskom. Kako i epidemija teških bolesti, kako je utvrdilo Vijeće sigurnosti UN-a, može predstavljati prijetnju miru i sigurnosti čovječanstva, nužno je osigurati da se nastojanja suzbijanja tih bolesti kroz eksperimentiranje nad ljudima ne prometnu u drugu prijetnju miru i sigurnosti čovječanstva – zločin protiv čovječnosti. Negacija temeljnih prava kroz kriminalno eksperimentiranje više ne bi bila vršena u ime zločinačke ideologije, kao u nacističkoj Njemačkoj, nego u ime očuvanja mira i sigurnosti čovječanstva.

Da globalizacijom i eksperimenti na ljudima dobivaju globalnu dimenziju⁹ pokazuje i predmet *Pfizer*,¹⁰ u kojem se postavilo pitanje odgovornosti jedne

⁷ United Nations Security Council, Sixty-ninth year, 7268th meeting, 18 September 2014, UN Doc. S/PV.7268, str. 33: “*Recognizing the extraordinary circumstances, and for the benefit of the global community, Canada donated to WHO 800 to 1,000 doses of the experimental vaccine VSV-EBOV. We have also actively contributed to WHO’s expert panels on Ebola*”, str. 34: “*Japan is ready to provide a new medication to cope with Ebola. The use of the medication known as T-705, or Favipiravir, is expected to be effective as a post-exposure prophylaxis against Ebola. This medicine is an experimental drug developed by two Japanese companies: Toyama Chemical and Fujifilm Corporation. We are working with WHO, pharmaceutical companies and other countries so that this medication can be put to use as soon as possible.*”

⁸ V. npr. članke *First Ebola vaccine to be tested in affected communities one year into outbreak*, Press Release, 25 March, 2015, Guinea WHO Country Office, dostupno na: http://www.who.int/medicines/ebola-treatment/ebola-press_release_guinea/en/ [25.4. 2015.]; *New Ebola Vaccine to Be Tested in Guinea*, The Wall Street Journal, March 5, 2015, dostupno na: <http://www.wsj.com/articles/new-ebola-vaccine-to-be-tested-in-guinea-1425556605> [25.4.2015.].

⁹ V. npr. *Hondefelder* 1999, osobito 38-40. Provođenje medicinskih eksperimenata je globalno pitanje, ali izazva brojne kontroverze i na nacionalnom planu što je bilo vidljivo i prilikom donošenja novog hrvatskog Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN 76/14). V. *Roksandić Vidlička* 2014, 15-17. Također i *Garašić et al.* 2015. U novom Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama koji je stupio na snagu 1. siječnja 2015. godine poštovana su Nürnberška načela koja zabranjuju provođenje medicinskih istraživanja nad pacijentima koji nisu sposobni sami dati pristanak na iste.

¹⁰ V. bilj. 4.

od najvećih multinacionalnih farmaceutskih kompanija zbog provođenja nedopuštenih medicinskih eksperimenata u Nigeriji bez pristanka subjekata, ali uz odobravanje tamošnjih javnih dužnosnika i službenika. Kako i svjedoči navedeni citat iz predmeta *Pfizer*, kriminalni eksperimenti izvršeni od strane *Pfizer* evociraju nacističke zločine i aktualiziraju pitanje eksperimentiranja na ljudima kao zločina protiv čovječnosti. Upravo takvi slučajevi iznova stavljaju pod povećalo sumnje pojavu novih cjepiva i potrebu za njihovim testiranjem na ljudskim subjektima. *Pfizer* nije izoliran slučaj – istraživanja u zemljama u razvoju postala su *trend* nakon što su razvijene države u kojima su sjedišta farmaceutskih korporacija koje provode istraživanja postrožile regulaciju.

Nacistički užasi nisu bili dovoljna opomena koja bi spriječila nekonsenzualno podvrgavanje ljudi eksperimentima. I nakon suđenja *Brandtu* i ostalima za eksperimente provedene nad ljudima *nevrijednih življenja*, vršeni su brojni eksperimenti provedeni od strane samih država podvrgavanjem onih *manje vrijednih življenja* nekonsenzualnim i često fatalnim eksperimentima. Kako predmet *Pfizer* pokazuje, modernizam je doveo do stupanja na scenu kriminalnog eksperimentiranja nove aktere – multinacionalne farmaceutske kompanije, te otvorilo pitanje njihove odgovornosti i povezanosti s organima vlasti u državama u kojima provode eksperimente.¹¹

¹¹ Iako *stricto sensu* medicinsko istraživanje nije isto što i medicinski eksperiment, ova je distinkcija bez praktične važnosti te se isti termini vrlo često koriste kao sinonimi. Napominjemo kako ćemo u ovome članku koristiti oba termina. Za razliku između istraživanja i eksperimenata v. npr. *Mason, Laurie & Aziz* 2011, 612-614. Iako navodeći kako se eksperiment i istraživanje koriste kao zamjenjivi pojmovi, *Mason, Laurie i Aziz* ipak luče navedene termine. Dok za eksperiment može biti karakterističan *ad hoc* pristup, ali i ne mora, kao što je to vidljivo sa suđenja u Nürnbergu, istraživanja su ona koja bi trebala biti pomno isplanirana i strogo nadzirana, što ne znači naravno da u procesu ostala prava subjekata istraživanja i etičke prakse neće biti prekršena. Pravno i etički opravdana istraživanja dakle podliježu strogoj regulaciji, dok eksperiment može imati značenje onog istraživanja koji krši sva pravila koja mora slijediti i zapravo time postaje svoja suprotnost – eksperiment shvaćen u svom negativnom kontekstu. Termin *experiment* (u hrvatskim prijevodima dolje navedenih akata i domaćem zakonodavstvu, poput Kaznenog zakona: *pokus*) ipak prevladava u međunarodnopravnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava poput Pakta o građanskim i političkim pravima (v. bilj. 195) i Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (v. bilj. 135), kao i međunarodnih ugovora iz područja međunarodnog humanitarnog i međunarodnog kaznenog prava, poput Ženevskih konvencija od 12. kolovoza 1949. (v. bilj. 199) i Rimskog Statuta Međunarodnog kaznenog suda (v. bilj. 128). Termin *research* prevladava u dokumentima iz područja medicinske etike poput Helsinške deklaracije o etičkim principima glede medicinskih istraživanja nad ljudima Svjetskog liječničkog udruženja (v. bilj. 98), i ostalim pravilima struke donesenih pod okriljem liječničkih udruženja i Svjetskog liječničkog udruženja, Međunarodnim etičkim smjernicama za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima (v. bilj. 102), ali i

2. NÜRNBERŠKO MEDICINSKO SUĐENJE

Nürnberško suđenje vodećim nacističkim zločincima u predmetu *Göring et al.*¹² iznjedrilo je neka od temeljnih načela međunarodnog prava:¹³ svaka

obvezujućim instrumenti iz područja bioetike, poput Bioetičke Konvencije Vijeća Europe (v. bilj. 99) i njoj pripadajućem dopunskom protokolu glede biomedicinskih istraživanja (v. bilj. 100). S druge strane sam Nürnberški kodeks, kao dio presude nacističkim liječnicima u predmetu *Brandt*, koji je bio ishodište gore navedenih akata, koristi riječ *experiment* kada opisuje koje sve preduvjete *experiment* mora imati da bi bio valjan, što odgovara, prema našem mišljenju, pojmu kako se danas koristi kao *research*. Izbjegavanje termina eksperiment u bioetičkim dokumentima, osobito u pravilima medicinske etike usvojenima od strane same medicinske zajednice, pripisujemo i stigmi koju taj termin nosi za sobom od medicinskog suđenja u Nürnbergu koje je i iznjedrilo Kodeks s deset osnovnih načela kojima sva istraživanja na ljudima moraju udovoljavati kako ne bi postala *eksperimenti*, u negativnom kontekstu ovoga termina. Konačno, mogu se naći i primjeri dokumenata gdje se koriste oba termina – istraživanje i eksperiment. Tako Visoki povjerenik Ujedinjenih naroda za ljudska prava i Svjetska zdravstvena organizacija, tumačeći sadržaj prava na zdravlje zajamčenog Paktom o ekonomskih, socijalnim i kulturnim pravima, navode kako pravo na zdravlje, između ostalog uključuje i slobodu od liječenja bez pristanka, i od medicinskog eksperimentiranja i istraživanja bez pristanka. V. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, *The Right to health*, Fact sheet No. 31, 2008, 3.

¹² V. predmet *The United States of America, the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Karl Dönitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Bormann, Franz von Papen, Artur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin von Neurath, and Hans Fritzsche, Individually and as Members of Any of the Following Groups or Organizations to Which They Respectively Belonged, Namely: Die Reichsregierung (Reich Cabinet); Das Korps Der Politischen Leiter Der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (Leadership Corps of the Nazi Party); Die Schutzstaffeln Der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (commonly known as the "SS") and including Die Sicherheitsdienst (commonly known as the "SD"); Die Geheime Staatspolizei (Secret State Police, commonly known as the "Gestapo"); Die Sturmabteilungen Der N. S. D. A. P. (commonly known as the "SA") and the General Staff and High Command of the German Armed Forces are as defined in Appendix B of the Indictment, Defendants. Spis predmeta objavljen je u seriji od 42 sveska: Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Published at Nuremberg, Germany, 1947.*

¹³ V. *The Principles of International Law Recognized in the Charter and the Judgment of the Nürnberg Tribunal; Texts and Comments* u: Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. 2, 191-195. Opća skupština Ujedinjenih naroda Rezolucijom 95 (I) prihvatila je načela međunarodnog prava priznata Statutom Međunarodnog vojnog tribunala i njegovom presudom te stavila u zadatak tadašnjem Odboru za kodifikaciju međunarodnog prava formulaciju tih načela. V. General Assembly resolution 95 (I) of 11 December 1946,

osoba koja počini djelo koje predstavlja kazneno djelo po međunarodnom pravu je odgovorna te podliježe kazni; činjenica da domaće pravo ne predviđa kaznu za čin koji predstavlja kazneno djelo po međunarodnom pravu ne oslobađa tu osobu odgovornosti po međunarodnom pravu; okolnost da je netko počinio djelo koje predstavlja kazneno djelo po međunarodnom pravu u svojstvu predsjednika države ili dužnosnika vlade ne oslobađa ga odgovornosti po međunarodnom pravu; ako je osoba djelovala u skladu s naredbama vlade ili nadređenog ne oslobađa je odgovornosti po međunarodnom pravu, pod uvjetom da je moralni izbor bio moguć.¹⁴

U suđenju nacističkim liječnicima u predmetu *Brandt et al.*, prvome od dvanaest nürnberških suđenja pred Vojnim tribunalom Sjedinjenih Američkih Država koja su uslijedila nakon glavnog nürnberškog suđenja,¹⁵ utvrđeno je deset načela za procjenu dopuštenosti provođenja eksperimenata na ljudima, danas poznatih pod nazivom Nürnberški Kodeks. Razumljivo je zbog čega je tribunal, nadležan za suđenja najvišim političkim i vojnim dužnosnicima Trećega Reicha, analizirao pitanja poput individualne odgovornosti za međunarodne zločine ili zapovjedne odgovornosti. Međutim, zašto bi vojni kazneni sud našao nužnim ulaziti u sferu

Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, UN Doc. A/RES/1/95. Iduće je godine na svom drugom zasjedanju Opća skupština Ujedinjenih Naroda Rezolucijom 177 (II) novoosnovanoj Komisiji za međunarodno pravo naložila formulaciju načela međunarodnog prava priznatih Statutom Međunarodnog vojnog tribunala i njegovom presudom te pripremu Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva. V. General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947, *Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal*, UN Doc. A/RES/2/177. Prvi je dio zadatka Komisija za međunarodno pravo uspješno dovršila 1950. godine, dok će proći gotovo pola stoljeća do usvajanja Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva. V. *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* u: *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. 2, Dio drugi, 17-56.

¹⁴ Navedeno se odnosi na prva četiri načela navedena u tzv. Načelima međunarodnog prava prepoznatih u Povelji ipresudi Nurnberškog tribunala (v. bilj. 13) koje je 1950. utvrdila Komisija za međunarodno pravo.

¹⁵ Nekoliko je razina na kojima su se odvijala suđenja pripadnicima Sila osovine. Najviša razina suđenja odvijala se pred međunarodnim vojnim sudovima u Nürnbergu i Tokiju. Drugu razinu, kojoj pripada i suđenje nacističkim liječnicima, predstavljala su suđenja pred vojnim sudovima pojedinih sila pobjednica (prvenstveno u okupacijskim zonama u Njemačkoj i američkim vojnim sudovima na Dalekom istoku). Treću razinu, koja traje i danas, čine suđenja pred nacionalnim sudovima pojedinih država. V. *Josipović u Josipović, Krapac & Novoselec* 2001, rub. toč. 35. *Bassiouni* ističe kako su povjesničari našli mjesta za neslaganje sa presudama tribunala u svim od trinaest nürnberških procesa osim onome za „*medicinske zločine*“ koji obrađujemo u nastavku rada. V. *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1641.

utvrđivanja kriterija za ocjenu dopuštenosti provođenja medicinskih eksperimenata na ljudima općenito? Kako ćemo pokazati, upravo će pitanje dopustivosti eksperimenata provedenih od strane nacističkih liječnika biti determinirajuće za njihovu kaznenu odgovornost za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. Odgovarajući na ovo pitanje ukazat ćemo na kronologiju razvoja politike *uništenja života nevrijednih življenja* u Trećem Reichu te razmjere do kojih se ljudsko dostojanstvo može povrijediti u ime ostvarenja *viših* ciljeva.

2.1. Životi nevrijedni življenja

Ideja uništenja *bezvrijednih života* sustavno je realizirana, osim vršenjem kriminalnih eksperimenata, u okviru programa T-4, provođenjem eutanazije osoba s duševnim smetnjama protiv njihove volje. Idejni tvorac pojma *života nevrijednog življenja* glasoviti je teoretičar kaznenog prava, *Karl Binding*, koji je svoja stajališta bazirao na učenju dobitnika Nobelove nagrade za fiziologiju i medicinu *Alexisa Carrel*a, koji je predlagao eutanaziranje zločinaca i osoba s duševnim smetnjama.¹⁶ U glasovitom djelu napisanome u koautorstvu s psihijatrom *Alfredom Hocheom*, *Dopustivost uništenja bezvrijednih života*,¹⁷ korištenom od strane nacista kao opravdanje programa T-4, *Binding* je, pošavši od premise da osobe s duševnim smetnjama nemaju pravno relevantnu volju, pa istu za njih očituje netko drugi, i od premise da je samoubojstvo legalno, izveo konkluziju da i o njihovom samoubojstvu treba odlučivati netko drugi, a kako je njihov život bezvrijedan, racionalno je uništiti ga.¹⁸ Program T-4 započeo je 1939. godine *Hitlerovim* dopuštenjem da dr. *Brandt*, prvooptuženi u predmetu *Brandt*, odredi izvjestan broj liječnika koji će pružati „smrt iz milosrđa“. Takva je „milost“ u narednih godinu i pol dana u stotinama bolnica ukazana

¹⁶ *Carrel* 1935, 12: „Ostaje neriješen problem velikog broja poremećenih i kriminalaca. Oni su velik teret za dio populacije koja je ostala normalna. Kao što je to ranije navedeno, velike sume su sad potrebne za održavanje zatvora i azila za luđake te za zaštitu društva od kriminalaca i luđaka. Zašto zadržavamo ta beskorisna i štetna bića? Abnormalni sprječavaju napredak normalnih. S ovom činjenicom moramo se ozbiljno suočiti. Zašto se kriminalcima i luđacima ne bi raspolagalo na ekonomičniji način? [...] U međuvremenu, kriminalci se trebaju efektivno riješiti smrću. Možda bi zatvori bili napušteni. Mogli bi biti zamijenjeni manjim i jeftinijim institucijama. [...] One koji su ubili, oružano opljačkali, oteli djecu, oteli siromašnima uštedu, zaveli javnost u bitnim stvarima, trebali bi humano i ekonomično odložiti u male eutanazijske institucije opskrbljene odgovarajućim plinom. Sličan tretman mogao bi se na odgovarajući način primijeniti na lude počinitelje kaznenih djela. Moderno društvo ne bi se trebalo susprezati od organizacije usmjerene na normalnog pojedinca. Filozofski sistemi i sentimentalne predresude moraju se napustiti prije takve nužnosti. Napredak ljudske osobnosti je najvažnija svrha civilizacije.”

¹⁷ *Hoche & Binding* 1920.

¹⁸ Prema *Turković, Roksandić Vidlička & Maršavelski* 2010, 226, bilj. 10.

više od 70.000 ljudi, u onome što se može opisati kao „glavna proba za uništenje Židova, homoseksualaca, komunista, Cigana, Slavena i ratnih zarobljenika koja će ubrzo uslijediti“.¹⁹

Medicinska etika dr. *Brandta*, osobito u pogledu eutanazije pojedinaca *nevrijednih življenja*, bila je pod znatnim utjecajem *Karla Bindinga*, i, posebice, *Alfreda Hochea*²⁰, čije tečajeve je *Brandt* pohađao.²¹ Poput mnogih drugih njemačkih liječnika toga vremena, *Brandt* je smatrao kako zdravlje društva u cjelini ima prednost pred zdravljem pojedinaca. Na društvo se gledalo kao na jedinstveni organizam koji je trebalo izliječiti, stoga se na njegove najslabije i neizlječive članove gledalo kao na dijelove koje bi trebalo odstraniti. Takvim se bespomoćnim bićima treba pružiti „milosrdna smrt“ (*Gnadentot*).²² Osim navedenih razmatranja, *Brandtovo* objašnjenje na vlastitom suđenju u pogledu njegovih kriminalnih aktivnosti – osobito glede naredbi u vezi s eksperimentiranjem na ljudskim bićima – bilo je sljedeće: “[a]ny personal code of ethics must give way to the total character of the war“.²³

Ipak, ideja *uništenja bezvrijednih života* nije započela s nacističkom ideologijom, no svakako je u istoj doživjela svoju kulminaciju. U novijoj povijesti raspravljana je ekstenzivno, kako naglašava *Proctor*, u pravnoj i medicinskoj znanosti u Sjedinjenim Američkim Državama još od kraja Prvog svjetskog rata.²⁴ No, shvatimo li eliminiranje *života nevrijednih življenja* kao eugenički pojam, čijim se začetnikom obično smatra *Francis Galton*,²⁵ valja napomenuti da već kod *Platona* nalazimo „vrlo razrađene,

¹⁹ V. Polšek 2004, 102. Više o programu T-4 u istom djelu, 102-104. Također i *Lifton, The Nazi Doctors, Medical Killing and the Psychology of Genocide*, 1988, 21-134, te *Faulstich* 2001, 84-96.

²⁰ Izjavu *Hockea* citira *Lifton*: „wir haben es...verlernt,...den staatlichen Organismus im selben Sinne wie ein Ganzes mit eigenen Gesetzen und Rechten zu betrachten, wie ihn etwa ein in sich geschlossener menschlicher Organismus darstellt, der, wie wir Ärzte wissen, im Interesse der Wohlfahrt des Ganzen auch einzelne wertlos gewordene oder sädliche Teil oder Teilchen preisgibt und abstörst.“ V. *Lifton, Ärzte im Dritten Reich*, 1988, 45

²¹ *Ibid.*, 64.

²² *Ibid.*, poglavlje 2. Euthnasie, Direkte medizinische Tötung, 45-90.

²³ *Hamilton* 1984, 138. V. i opis *Brandta* u *Lifton, op. cit.* (bilj. 19), osobito 58 *et seq.* Iz prikaza *Brandta*, primjećujemo i da je njega moguće opisati kroz prizmu banalnosti zla. Tvorac ovog termina je *Hannah Arendt* koja ga je koristila opisujući *Eichmanna* izvještavajući s njegovom suđenja u Jeruzalemu. Isti je, smatramo, primjenjiv i na brojne druge nacističke intelektualce, uključujući nacističke liječnike. V. *Arendt* 1963.

²⁴ V. *Proctor* 2003, 413.

²⁵ *Polšek* 2004, 17: “*Galton* je postao poznat godine 1869. po svojim istraživanjem prirodnih talenata, koje je izabirao prema enciklopedijama eminentnih pojedinaca, analognim današnjim *Tko je tko*. Proučavanje podrijetla, tj. *pedigrea*, takvih pojedinaca dvjesto godina unatrag, dovelo ga je do zaključka u djelu *Nasljeđivanje genijalnosti*, tj.

brojne primjere eugeničkih postupaka koje bi vladar morao imati na umu radi ostvarenja kolektivnoga 'dobra'²⁶.

Prema nacističkoj vrijednosnoj ljestvici, uništenje života stotina zatočenika u koncentracijskim logorima s ciljem povećavanja šansi spašavanja jednog njemačkog pilota smatrano je opravdanom investicijom.²⁷ Naime, „[c]oncentration camp inmates were valued as slave labor, and when that labor was exhausted they were not even worth keeping alive. Their lives were without value, and their deaths implied a savings“.²⁸ Stoga i ne čudi masovnost podvrgavanja fatalnim eksperimentima osoba *nevrijednih življenja* čiji se pristanak, dakako, nije tražio.²⁹ Određene društvene skupine smatrane su kao „*unhygienic intruder*“³⁰ na temelju razloga pruženih ideologijom „*Jewish impurity*“.³¹ O poštovanju dostojanstva i autonomije takvih osoba prilikom obavljanja *istraživanja* nad njima nije bilo niti govora. Predmet *Brandt* najbolja je ilustracija potpune dehumanizacije i objektivizacije čovjeka – ne samo da je čovjek sveden na sredstvo, već je i

Hereditary Genius iz 1869. da se u renomiranim obiteljima češće rađaju sposobni potomci.” Država bi prema Galtonu trebala rangirati ljude, tj. djecu, prema kvaliteti brakova. Oni nevrijedni (*unworthy* – nedostojni da žive) jednostavno će se segregirati u samostane, gdje se neće moći ploditi i množiti. *Ibid.*, 18.

²⁶ Polšek 2004, 16. Galtonova ideja, nastavlja Polšek, prema kojoj se ljudska reprodukcija, po ciljevima i sredstvima može usporediti s uzgojem stoke, pojavljuje se kod Platona u četvrtoj i petoj knjizi Države. U petoj knjizi Platon izriče opće načelo eugenike: „*Ako želimo biti dosljedni, i ako želimo imati kvalitetni uzgoj, moramo sparivati naše najbolje muškarce s najboljim ženama što je više moguće, a inferiorne muškarce i žene što je rijeđe moguće, kako bi dobili i uzgojili nasljednike samo najboljih*“ (459e). Ali ta načela, dodaje Platon, vladar treba sakrivati, jer će se inače stado pobuniti (460b). Vladar radi ostvarenja Dobra mora određivati tko može rađati, odnosno koliko koji par smije imati djece. U petoj knjizi Zakona, Platon dodaje: „*Kao što pastir i uzgajivač stoke čisti svoje stado, tako i zakonodavac mora očistiti državu*“ . *Ibid.*

²⁷ Tako Proctor 2003, 416-417.

²⁸ *Ibid.*, 417.

²⁹ V. više Webber 2009, 110 i 116 i tamo navedenu literaturu.

³⁰ *Ibid.*, 116 (citirajući Glass, J.M., *Against the indifference hypothesis: the holocaust and the enthusiasts for murder*, Political Psychology, 18(1), 129-145).

³¹ *Ibid.*, 113, oslanjajući se na Cohena (Cohen, S., *States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering*, Polity Press, Cambridge, 2001) Webber navodi: „*Tvrdilo se da su nacistički liječnici mogli podijeliti svoj identitet u dvije različite osobe, tako da su mogli razdvojiti aktivnost ubijanja ljudi smrtonosnim injekcijama ili izvođenja eksperimenata u logorima smrti nad logorašima te svoj obiteljski život. Ideja da u jednom trenutku oni rade moralno odvratano zločin, dok u sljedećem uspavljuju svoju djecu u krevetu. Cohen nije uvjeren takvim teorijama jer one ne uzimaju u obzir bogatstvo dokaza koje je postojalo da je postojao ideološki jedan razlog ovakvom ponašanju i on se temelji na ideji židovske nečistoće*“.

cilj te instrumentalizacije bio zločinački.³² Dok je sam cilj „običnih“ kriminalnih eksperimenata, za razliku od zločinačkog puta ka tom cilju, ipak plemenit – stjecanje novih znanja i doprinos dobrobiti čovječanstva, kroz, između ostalog, i razvijanje novih lijekova za suzbijanje bolesti donedavno smatраниh smrtonosnima, za nacističke je eksperimente inherentan i zločinački cilj – kako će se pokazati na primjeru sterilizacijskog eksperimenta, eksperimenti vršeni na zatočenicima koncentracijskih logora trebali su dovesti do iznalaženje sredstva za što uspješnije istrebljenje naroda kojima su pripadali.

2.2. Prikaz Nürnberškog Medicinskog suđenja– zločin protiv čovječnosti kao uvertira „zločina nad zločinima“

Temeljem Zakona broj 10 Kontrolnog savjeta za Njemačku od 20. XII. 1945.,³³ koji je sadržavao odredbe mjerodavnog kaznenog materijalnog prava, dvadeset i troje liječnika³⁴ optuženo je za ratne zločine (t. 2), zločine protiv čovječnosti (t. 3), zločinačku zavjeru radi počinjenja ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti (t. 1), te dio i za članstvo u zločinačkoj organizaciji (t. 4).³⁵ Kao ratni zločin inkriminirani su „*okrutnosti ili zločine*

³² Kriminalni eksperimenti provedeni svođenjem čovjeka na puko sredstvo za postizanje određenog cilja aktualiziraju Kantov drugi kategorički imperativ. V. *Kant* 2002, 46, AK 4:429: „*Act so that you use humanity, as much in your own person as in the person of every other, always at the same time as end and never merely as means.*”

³³ Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946). Zakon br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku dostupan je i u: *Trials of War Criminals – Medical Case I, XVI-XIX*. Zakon je, zajedno s Londonskom poveljom – Statutom Međunarodnog vojnog suda, pridružen Londonskom sporazumu od 8. 8. 1945., koji su sklopili SAD, Francuska, Ujedinjeno Kraljevstvo i SSSR, „*djelujući u interesu svih Ujedinjenih Nacija*” (*Ibid.*, X). Zakon br. 10 Kontrolnog savjeta za Njemačku normirao je suđenja pred sudovima sila pobjednica u njihovim okupacijskim zonama. V. *Josipović u Josipović, Krapac & Novoselec* 2001, rub. toč. 34. *et seq.*

³⁴ Prvooptuženi, Karl Brandt, Hitlerov osobni liječnik i Reichov komesar za zdravlje i provođenje zdravstvenih mjera, obnašao je najvišu medicinsku funkciju u Njemačkoj te je imao ovlast nadzora nad svim vojnim i civilnim medicinskim ustanovama. Siegfried Handloser bio je čelnik medicinske službe Wehrmachta, Oskar Schroeder medicinske službe Luftwaffe, Karl Gebhard predsjednik Njemačkog Crvenog križa, Paul Rostock dekan Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Berlinu, Gebhard Rose međunarodno priznati specijalist tropske medicine. Ostali optuženici bili su uglavnom članovi medicinskog osoblja angažiranog na provođenju medicinskih eksperimenata. V. *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1639.

³⁵ Čl. 2(1)(d) Zakona br. 10 inkriminirao je „*članstvo u zločinačkoj grupi ili organizaciji proglašenoj zločinačkom od strane Međunarodnog vojnog suda.*“ Međunarodni vojni sud je temeljem čl. 9. Statuta, zločinačkim organizacijama proglasio Schutzstaffel (SS), Sicherheitsdienst (SD) i Gestapo, čime je, sukladno čl. 10. Statuta, otvorena mogućnost

počinjene protiv osoba ili imovine koji predstavljaju kršenje zakona i običaja rata, uključujući, ali se ne ograničavajući na: ubojstvo, zlostavljanje ili deportiranje radi robovskog rada ili u bilo koju drugu svrhu civilnog stanovništva okupiranog područja, ubojstvo ili zlostavljanje ratnih zarobljenika ili osoba na moru, ubijanje talaca, pljačkanje javne ili privatne imovine, bezobzirno razaranje gradova i sela ili vojnom potrebom neopravdano pustošenje.³⁶ Zločini protiv čovječnosti definirani su kao: „okrutnosti i zločini, uključujući, ali se ne ograničavajući na: ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, deportiranje, zatočenje, mučenje, silovanje, ili ostala nečovječna djela počinjena prema bilo kojem civilnom stanovništvu, ili progone na političkoj, rasnoj ili religijskoj osnovi, neovisno o tome predstavljaju li to kršenje unutarnjeg prava zemlje u kojoj su počinjeni“.³⁷ Optuženicima je stavljeno na teret da su, *inter alia*, od rujna 1939. do travnja 1945., protupravno, namjerno i znajući („*wilfully and knowingly*“) kao glavni počinitelji, sudionici, nalogodavci i poticatelji, provodili medicinske eksperimente bez pristanka subjekata, a u provedbi istih počinili ubojstva, brutalnosti, mučenja, okrutnosti te ostala nečovječna djela.³⁸ Opisani zločini su, prema optužnici, predstavljali kršenje međunarodnih konvencija,³⁹ zakona i običaja rata, općih načela kaznenog prava izvedenih iz kaznenih prava civiliziranih naroda, unutrašnjeg kaznenog prava zemalja u kojima su zločini počinjeni, te Zakona br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku.⁴⁰

procesuiranja članova tih organizacija: „U slučajevima u kojima je Tribunal proglasio grupu ili organizaciju zločinačkom, nadležne nacionalne vlasti bilo koje države potpisnice imaju pravo suditi pojedincima pred nacionalnim, vojnim ili okupacijskim sudovima. U svakom od tih slučajeva, zločinačka narav grupe ili organizacije smatra se dokazanom te neće biti dovođena u pitanje.“ V. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Published at Nuremberg, Germany, 1947, Vol. 22, 512-523.

³⁶ Čl. 2(1)(b) Zakona broj 10.

³⁷ Čl. 2(1)(c) Zakona broj 10.

³⁸ *Nürnberg Military Tribunals: Indictments, Case No. 1, 6 et seq.* Optužnica u predmetu *USA v. Karl Brandt et al.*, zajedno s jedanaest optužnica u suđenjima koja su uslijedila, dostupna je u zbirci *Nuremberg Military Tribunals: Indictments, Case No. 1-12*, Office of Military Government for Germany (US), Nuremberg, 1946, dostupno na internet stranicama Kongresne knjižnice: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Indictments.pdf [14.5. 2015.], te kao dio spisa predmeta u *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 8-17.

³⁹ Optuženima je stavljeno na teret kršenje Četvrte Haške konvencije iz 1907., napose člancaka: 4, 5, 6, 7 i 46, te Ženevske konvencije o ratnim zarobljenicima iz 1929., napose članaka 2, 3 i 4. *Ibid.*, 11-12.

⁴⁰ *Ibid.*

Eksperimenti koje su provodili optuženici na čelu s *Karлом Brandtom* uključivali su više od 15 raznovrsnih medicinskih eksperimenata, eksperimente smrzavanjem, inficiranje malarijom sa svrhom istraživanja procesa imunizacije, eksperimente sulfaminlamidom, eksperimente zacjeljivanja lomova udova i ostale regenerativne eksperimente, eksperimente u vezi sterilizacije, desalinizacijske eksperimenti itd.⁴¹ Subjekti istraživanja bili su zatvorenici u koncentracijskim logorima koji niti su pristali niti su imali ikakve koristi od eksperimenata. Eksperimenti su, povrh svega, bili bez ikakve znanstvene vrijednosti, a počinjeni su pod izlikom „*spasa države*“.

Analizirajući ovaj sudski predmet, navodimo izvatke iz dokaznog materijala koji možda i najbolje svjedoče o užasima koji su se odvijali, te dokazuju postojanje konstitutivnih elemenata zločina protiv čovječnosti, a tiču se eksperimenata čiji je cilj bio pronalaženje što uspješnije metode sterilizacije ljudi *nevrijednih življenja*, prvenstveno Židova. Navedenim je fragmentima lako dokazati postojanje elemenata zločina protiv čovječnosti ne samo prema Zakonu br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku, već i prema pozitivnom međunarodnom običajnom pravu.⁴² Međutim, iako se u predmetnom slučaju sudilo za ratne zločine i zločin protiv čovječnosti, a ne za genocid, već sama činjenica da se radilo o eksperimentu čiji je cilj bio otkriće uspješne metode za uništenje *neprijatelja* ukazuje kako su ovdje opisani zločini bili tek uvertira za planirano potpuno istrebljenja pojedinih naroda, te kao takvi dokaz genocida prema pozitivnom pravu.⁴³

Tako je npr. iz *Brandtovog* iskaza pod prisegom vidljiva njegova spremnost (*willfully and knowingly*) da napravi što je potrebno kako bi što prije razvio sterilizacijsku metodu za uništenje neprijatelja, u skladu sa državnom politikom (*state policy*) Trećeg Reicha:

„*Himmler je bio iznimno zainteresiran za razvoj jeftine i brze sterilizacijske metode koja bi mogla biti korištena protiv neprijatelja Njemačke, kao što su Rusi, Poljaci i Židovi. Postojala je, stoga, nada da će se otvoriti mogućnost ne samo poraziti neprijatelja, već ga i istrijebiti. Radna snaga steriliziranih osoba mogla bi biti iskorištena od strane Njemačke, dok bi opasnost od*

⁴¹ V. više *Lifton, op. cit.* (bilj. 19), osobito 62-65.

⁴² Za konstitutivne elemente zločina protiv čovječnosti i njegov prodor u međunarodno običajno pravo v. osobito *Bassiouni* 2011. Za elemente zločina protiv čovječnosti prema Rimskom Statutu, v. npr. *Schabas* 2010, 137-187.

⁴³ Usp. čl. II (d), Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 U.N.T.S. 277: “*In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: [...] (d) Imposing measures intended to prevent births within the group.*”

razmnožavanja bila eliminirana. Kako je ova masovna sterilizacija bila dio Himmlerove rasne teorije, posvećeno je mnogo vremena i brige sterilizacijskim eksperimentima. Kirurška sterilizacija je, dakako, bila poznata i primjenjivana u Njemačkoj; uključujući kastraciju. Ipak, za masovnu primjenu, ovaj je postupak smatran presporim i preskupim⁴⁴.

Iz Pokornyjevog pisma Himmleru, listopad 1941., u svezi sa sterilizacijskim lijekom namijenjenom za upotrebu protiv njemačkih neprijatelja, vidljiva je glavna intencija provođenja eksperimenata:

„Vođen idejom kako neprijatelj mora biti ne samo pobijeđen, nego i uništen, osjećam obvezu predočiti Vam sljedeće:

Dr. Madaus objavio je rezultate svog istraživanja o medicinskoj sterilizaciji (oba članka priložena). Čitajući ove članke, zapazio sam neizmjernu važnost ovog lijeka u sadašnjoj borbi našeg naroda. Ukoliko bi, na temelju ovog istraživanja, bilo moguće proizvesti lijek koji bi nakon relativno kratkog vremena uzrokovao neprimjetnu sterilizaciju, na raspolaganju bi imali novo moćno oružje. Sama pomisao na činjenicu da bi 3 milijuna boljševika, sadašnjih njemačkih zatvorenika, mogla biti sterilizirana, tako da bi mogli i dalje biti korišteni kao radnici, ali onemogućeni u reprodukciji, otvara najdalekosežnije perspektive.

Madaus je otkrio da ekstrakt Schweigrohra (*caladium seguinum*), unesen oralno ili injekcijom u životinjske organizme, bilo muške, bilo ženske, nakon određenog vremena uzrokuje permanentnu sterilnost. Ilustracije priložene znanstvenom članku su uvjerljive.

Ukoliko moje ideje naiđu na Vaše odobravanje, valjalo bi poduzeti sljedeće:

1. Dr. Madaus ne smije više objavljivati ovakve članke. (Neprijatelj čuje!)
2. Multipliciranje biljke. (Lako kultivirana u staklenicama!)
3. Smjesta provesti istraživanje na ljudskim bićima (zločincima!) kako bi ustanovili potrebnu dozu i duljinu tretmana.
4. Brzo istraživanje kemijske formule efektivne tvari s ciljem sintetičke proizvodnje, ukoliko je moguće.⁴⁵

⁴⁴ Dokument Br-440, Dokaz optužbe br. 141, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 695. Sve izvatke iz sudskog spisa preveli su autori ovoga rada.

⁴⁵ Pismo Pokornyja Himmleru iz listopada 1941. o sterilizacijskom lijeku korištenom protiv neprijatelja Njemačke, Dokument Br-035, Dokaz optužbe br. 142, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 713-714. Navedeno je pismo predstavljalo jedini dokaz protiv Pokornyja, koji je u obrani iznio da je, kao specijalist za kožne i spolne bolesti, znajući da je *caladium seguinum* neprikladno sredstvo za sterilizaciju, zapravo sabotirao sterilizacijski program. Iako je njegova obrana ocijenjena neuvjerljivom, Pokorny je oslobođen zbog nedostatka dokaza. “Kako god bilo, svaki optuženik je nevin dok se ne dokaže suprotno. U slučaju Pokornyja, optužba nije uspjela osloboditi se tereta dokazivanja. Koliko god bile

Iz *Brajkovog* pisma *Himmleru*, 23. lipanj 1942. vidljiv je ushit potencijalnim učinkom nove „naprednije“ sterilizacijske metode koja bi dovela do sterilizacije milijuna Židova, a ujedno očuvala radnu snagu:

„Prije otprilike godinu dana, izvijestio sam Vas kako su moji djelatnici izvršili eksperimente na ljudima za ovu svrhu. Volio bih još jednom podsjetiti na izložene činjenice. Sterilizacija, kakva se uobičajeno obavlja na osoba s nasljednim bolestima, ovdje ne dolazi u obzir; oduzima previše vremena te je preskupa. Kastracija X-zrakama, s druge strane, ne samo da je relativno jeftina, već može biti izvršena na više tisuća ljudi u najkraćem vremenu. [...]

Ukoliko biste, *Reich Fuehreru*, odlučili odabrati navedenu metodu u interesu očuvanja radne snage, tada bi *Reichsleiter Bouhler* bio u mogućnosti staviti na raspolaganje sve liječnike i ostalo osoblje potrebno za ovu svrhu“.⁴⁶

Memorandum *Rudolfa Brandta*, srpanj 1942., o raspravi između *Reichsführera SS-a, Himmlera*, i *Brigadeführera Gebharda, Gluecksa* i *Clauberga* glede sterilizacijskih eksperimenata provedenih na Židovkama, gromoglasno svjedočio odnosu najvišeg državnog vrha prema provođenju sterilizacijskih eksperimenata. Kako slijedi, *Himmler* stavlja jednom od najistaknutijih dužnosnika i liječnika nacističke Njemačke na raspolaganje najzloglasniji koncentracijski logor radi eksperimentiranja na ljudima i životinjama:

„Najstrože povjerljivo.

7. lipnja 1942. vodila se rasprava između *Reichsführera SS-a, SS Brigadeführera prof. Gebharda, SS Brigadeführera Gluecksa* i *SS Brigadeführera Clauberga*. Tema rasprave bila je sterilizacija Židovki. *Reichsführer SS-a* obećao je *SS Brigadeführeru, prof. Claubergu*, da će mu staviti na raspolaganje *Koncentracijski logor Auschwitz* radi provođenja eksperimenata na ljudima i životinjama, s ciljem pronalaženja metode sterilizacije ljudi bez njihova znanja. *Reichsführer SS-a* zahtijevao je da mu se dostavi još jedno izvješće čim rezultati eksperimenta budu poznati, kako bi sterilizacija Židovki mogla biti uistinu i izvedena.

monstruoze pretpostavke u pismu, nema ni dijelića dokaza da je bilo kakav korak poduzet da bi se stavili u prave ljudske eksperimente. Smatramo, dakle, da bi optuženi treba biti oslobođen.” Presuda u predmetu *Brandt et al.*, *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 292-294. V. i *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 705 et seq.

⁴⁶ Pismo *Bracka Himmleru*, 23. lipanj 1942, kojim se predlaže iznalaženje metode koja bi dovela do sterilizacije dva do tri milijuna Židova, Dokument br. 205, Dokaz optužbe br. 163, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 721.

Također bi trebalo istražiti, po mogućnosti u suradnji s prof. dr. Hohlfelderom, specijalistom radiologije iz Njemačke, koji bi način sterilizacije mogao biti ostvaren izlaganjem X-zrakama.

Reichsführer traži da prisutna gospoda posvete osobitu pozornost na činjenicu da izloženo predstavlja najstrožu tajnu, te bi se o istom smjelo raspravljati samo s nadležnim dužnosnicima. Osobe prisutne eksperimentima ili s kojima je o istima raspravljano, moraju se obvezati na povjerljivost.⁴⁷

Iz Gundovog pisma Himmleru, 24. kolovoz 1942., u pogledu istraživanja medicinske sterilizacije i razvoja sterilizacijskih lijekova vidljivo je kako je potreba izvođenja eksperimenata nad ljudima bila prikazana kao nužnost za ostvarenje zajedničkog cilja:

„Imajući u vidu da prevencija reprodukcije kongenitalno neprikladnih i rasno inferiornih spada u dužnosti naše nacional-socijalističke rasne i demografske politike, sadašnji direktor Okružnog ureda za rasnu politiku, Dr. Fehringer, istražio je pitanja sterilizacije i otkrio da su sada dostupne metode, kastracija i sterilizacija, nedostatne da bi ispunile naša očekivanja. [...]

Potrebno je, dakako, provesti istraživanje na ljudskim bićima. Direktor mog ureda za rasnu politiku naglašava da je moguće provesti potrebna istraživanja i eksperimente na ljudima od strane adekvatno odabranog medicinskog osoblja u suradnji s Institutom za farmakologiju Medicinskog fakulteta u Beču na zatvorenicima u ciganskom logoru Lackenbach u Donjoj Danubi, a svoj bi rad trebali temeljiti na Madausovim eksperimentima na životinjama.⁴⁸

I pismo prof. *Clauberga Himmleru*, 7. srpnja 1943., kojim izvještava o istraživanju u svezi sa sterilizacijom žena pokazuje zapravo natjecateljsko raspoloženje koje je postojalo u svim tim „istraživanjima“:

⁴⁷ Memorandum Rudolfa Brandta, srpanj 1942., o raspravi između Himmlera, Gebharda, Gluecksa i Clauberga glede sterilizacijskih eksperimenata provedenih na Židovkama, Dokument br. 216, Dokaz optužbe br. 170, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 728. Odnos jednog od vodećih arhitekata holokausta prema eksperimentima vidljiv je i iz Himmlerovog pisma Bracku u pogledu Himmlerovog interesa za provođenje sterilizacijskih eksperimenata: „*Dragi Brack, Tek sam danas u mogućnosti potvrditi primitak Vašeg pisma od 23. lipnja. Apsolutno sam zainteresiran da se sterilizacijski eksperiment X-zrakama provede barem jednom u našem logoru u seriji eksperimenata...*“ Pismo Himmlera, potpisano od strane Rudolfa Brandta, od 11. 8. 1942., Bracku o Himmlerovom interesu za sterilizacijske eksperimente, Dokument br. 206, Dokaz optužbe br. 164, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 722-723.

⁴⁸ Pismo Gunda Himmleru od 24.8.1942. o istraživanju medicinske sterilizacije i razvoju sterilizacijskih lijekova, Dokument br. 039, Dokaz optužbe br. 153, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 717-718.

„Spomenuo sam, kao primjer, da sam tek od veljače 1943. u posjedu röntgenskog uređaja, koji je od izuzetne važnosti za moje posebno istraživanje. Unatoč kratkom vremenu od samo 4 mjeseca, već sada Vas mogu izvijestiti o slijedećem:

Metoda koju sam uspio iznaći s ciljem sterilizacije ženskih organizama bez operacije je gotovo savršena. Sterilizacija može biti izvršena već jednim injektiranjem kroz ulaz u uterus tijekom uobičajenog ginekološkog pregleda poznatog svakom liječniku. – Pod „gotovo savršenom“ metodom podrazumijevam slijedeće:

1. Potrebno je izvršiti tek manje korake u cilju unapređenja metode.

2. Već danas može biti u praktičnoj upotrebi u kontekstu naše redovne eugeničke sterilizacije, i kao takva zamijeniti operaciju.

U pogledu pitanja koje ste mi uputili prije gotovo godinu dana – koliko je vremena potrebno za sterilizaciju 1000 žena upotrebom ove metode – danas Vam mogu odgovoriti:

Ukoliko moje istraživanje nastavi imati iste rezultate kao i do sada – u što nema razloga sumnjati – nije daleko trenutak kada ću moći reći:

'Jedan adekvatno osposobljen liječnik na jednom adekvatno opremljenom mjestu, s možda 10 asistenata (broj asistenata je u korelaciji sa željenom brzinom), vjerojatno će biti u stanju sterilizirati nekoliko stotina, ako ne i 1000 žena dnevno⁴⁹

Iz Blankenburgovog pisma Himmleru, 29. travanj 1944., glede angažmana dr. Horsta Schumanna na eksperimentima u pogledu utjecaja X-zraka na ljudske genitalne žlijezde u svezi sa sličnim eksperimentom provedenim u Koncentracijskom logoru Auschwitz, vidljivi su razmjeri užasa koji se odvijao kako bi se pronašle najjeftinije i najbrže metode sterilizacije:

„Temeljem naredbe Reichsleitiera Bouhlera, podnosim Vam u prilogu rad dr. Horsta Schumanna o utjecaju X-zraka na ljudske genitalne žlijezde.

Prethodno ste tražili od Oberfuehrera Bracka da izvrši ovaj eksperiment, koji ste potpomogli osiguranjem adekvatnih materijala u Koncentracijskom logoru Auschwitz. Posebno se referiram na drugi dio ovog rada koji ukazuje da je kastracija muškaraca ovim sredstvom gotovo nemoguća ili zahtjeva suviše truda koji se ne isplati. Uvjerio sam se kako operativna kastracija ne zahtjeva više od 6 do 7 minuta, te kao takva može biti izvedena pouzdanije i brže nego kastracija X-zrakama“.⁵⁰

⁴⁹ Pismo Clauberga Himmleru od 7. 6. 1943. o obavijesti o istraživanju u vezi sa sterilizacijom žena, Dokument br. 212, Dokaz optužbe br. 173, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 730-732.

⁵⁰ Pismo Blankenburga Himmleru od 29. 4. 1944. o zapošljavanju dr. Schumanna na eksperimentima o utjecaju x-zraka na spolne organe u vezi sa sličnim eksperimentima u

2.3. Završna riječ optužbe i presuda – rođenje Nürnberškog Kodeksa

Finale optužbe je jasno ukazalo kako je upravo nepostojanje pristanka bila okolnost koju je samo tužiteljstvo smatralo krucijalnom i determinirajućom za odgovornost optuženih liječnika, te na kojoj je zasnivao slučaj. Kako je istakao tužitelj u završnoj riječi, „*najosnovnije je pravilo medicinske etike i ljudske pristojnosti da subjekti eksperimenta volontiraju nakon što su obaviješteni o prirodi i opasnostima istraživanja. Ovo jasno odvaja granicu između kriminalnog i nekriminalnog. Ako se ne može reći da su subjekti volontirali, nije potrebno dalje istraživati. U tome je jednostavnost ovog slučaja. Što je, onda, volonter? Ako osoba ima bujnu maštu, pretpostavljeni slučajevi mogli bi se uzeti u obzir, što bi zahtijevalo ponešto izmijenjenu odluku. Tribunal nema takav problem. Spis je prepun dokaza da nikad nije bilo ni trunke pokušaja da se koriste volonteri. Zbog činjenice da se od volontera ne može očekivati sudjelovanje u smrtonosnim eksperimentima koji su predmet ovog postupka, optuženici su se okrenuli potlačenim zatvorenicima u logorima smrti. Vjeruje li itko da su se Poljaci, Židovi, Rusi ili čak Nijemci, dobrovoljno podvrgnuli torturi dekompresijske komore i zamrznutih umivaonika u Dachau, plinskoj komori u Natzweileru ili sterilizaciji X-zrakama Auschwitzu? Bi li trebali uzeti da su Poljakinje u Ravensbruecku dale svoj slobodan pristanak da budu unakažene i ubijene za slavu Trećeg Reicha? Je li jadan Cigan koji je napao optuženika Beiglboecku upravo u ovoj sudnici dobrovoljni sudionik eksperimenata s morskom vodom? Jesu li stotine žrtava smrtonosnih stanica tifusa u Buchenwildu i Natzweileru pod ikojim okolnostima pristali na te eksperimente? Pretežni broj dokaza bez sumnje ne ostavlja dvojbe pri odgovoru na ova pitanja. Svjedočanstva subjekata eksperimenata, očevidaca i dokumenata izrađenih od samih optuženika, bez ikakve sumnje dokazuju da su ti subjekti bili nevolonteri u svakom smislu te riječi*“.⁵¹

Konačno, od dvadeset i troje optuženika sedmero je oslobođeno, dok su ostali oglaseni krivima i osuđeni na smrt, odnosno na kaznu zatvora u rasponu od kazne zatvora u trajanju od 10 godina do doživotnog zatvora.⁵²

Auschwitzu, Dokument br. 208, Dokaz Optužbe br. 166, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 723-724.

⁵¹ Presuda u predmetu *Brandt et al.*, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 1, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949, 980-981.

⁵² Na smrt su osuđeni: Viktor Brack, Karl Brandt, Rudolf Brandt, Karl Gebhardt, Waldemar Hoven, Joachim Mrugowsky, Wolfram Siever; na kaznu doživotnog zatvora: Fritz Fischer, Karl Genzken, Siegfried Handloser, Gerhard Rose, Oskar Schroeder; na vremenske kazne zatvora: Hermann Becker-Freyseng, Wilhelm Beiglboeck, Herta Oberheuser, Helmut Poppendick. Oslobođeni su: Konrad Schaefer, Paul Rostock, Kurt Blome, Siegfried Ruff,

Sud je točku 2. (ratni zločin) i točku 3. (zločin protiv čovječnosti) optužnice tretirao kao jednu, pošto su sadržajno bile identične, s jedinom razlikom da su zločini navedeni u točki 2. počinjeni protiv civila i pripadnika oružanih snaga zemalja u ratu s Reichom, dok su zločini iz točke 3. optužnice počinjeni protiv njemačkih civila te državljana drugih zemalja.⁵³ Kako provođenje eutanazije u okviru programa T-4, za koje se sudilo u ovome predmetu zajedno s eksperimentiranjem u koncentracijskim logorima, prelazi okvire ovog rada i zaslužuje posebnu obradu, u ovom ćemo članku dati pregled dokaza o počinjenju drugih medicinskih zločina protiv čovječnosti koje je Brandt orkestrirao i provodio, ali valja odmah napomenuti kako su Brandt i drugi osuđeni i za umiješanost u program eutanazije (točke 2 i 3 optužnice) koji je trajao od 1939. do 1945. godine, a koji je uključivao ubijanja starijih osoba, osoba s duševnim smetnjama, neizlječivo bolesnih, djece s vidljivim fizičkim oštećenjima i dr., prvo na području Njemačke, a onda i na okupiranim područjima.⁵⁴

Osim tužiteljstva i Vojni je Tribunal presudnu ulogu pridao pristanku, a njegovo nepostojanje našao odlučnom okolnošću za odgovornost optuženih za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. Dio presude koji će postati poznat kao Nüremberški kodeks – dekalog koji „slavi slobodu i ljudsko dostojanstvo“,⁵⁵ postat će središnji i najcitiraniji dio presude, s neizmjernim utjecajem na niz pravnih grana i ostalih disciplina poput bioetike i medicinske etike. Nakon ocjene više od tisuću dokaza Vojni Tribunal je utvrdio jasna pravila za procjenu dopuštenosti medicinskih eksperimenata.⁵⁶ Istaknuto mjesto u dekalogu pripada prvom načelu da je pristanak na eksperimentiranje „apsolutno esencijalan“.⁵⁷ No, sud se nije ovdje zadržao. Postavljane su dodatne pretpostavke koje moraju biti zadovoljene da bi se smatralo da je pristanak dan: subjekt eksperimentiranja mora biti u mogućnosti ostvariti pravo izbora bez intervencije bilo primjenom sile, prijevare, obmane, prisile, ili nekog drugog skrivenog oblika prinude; subjekt mora imati dovoljno znanja o svim okolnostima, tako da mu bude omogućeno donošenje informirane odluke temeljene na razumijevanju; prije davanja pristanka subjektu eksperimeniranja mora biti poznata priroda, trajanje i svrha istraživanja, način i sredstva kojima se istraživanje treba provesti, sve neugodnosti i opasnosti koje razumno može očekivati, te

Hans Wolfgang Romberg, Georg August Wetz, Adolf Pokorny. V. *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 298-300.

⁵³ *Ibid.*, 174.

⁵⁴ *Ibid.*, 198.

⁵⁵ Katz 1997, 418.

⁵⁶ *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 181-182.

⁵⁷ *Ibid.*, 181.

učinci na njegovo zdravlje ili na druge osobe koji mogu proisteći iz njegova sudjelovanja u istraživanju. Posebno je utvrđeno kako dužnost i odgovornost za utvrđivanje kvalitete pristanka počiva na svakom pojedincu koji inicira, usmjerava ili se upušta u istraživanje; te da je to osobna dužnost i odgovornost koja se ne može nekažnjeno prenijeti na drugoga.⁵⁸ Jasno je da je ovdje riječ o onome što se danas naziva informiranim pristankom.

Prema tome, pribavljanje informiranog pristanka je preduvjet za provođenje svih vrsta istraživanja. Kako je Vojni tribunal utvrdio, svi eksperimenti navedeni u presudi „*koji su uključivali brutalnosti, mučenja, nanošenje teških tjelesnih ozljeda i smrt, izvedeni potpuno kršeći međunarodne ugovore, zakone i običaje rata, opća načela kaznenog prava koja su izvedena iz kaznenih prava svih civiliziranih naroda i Zakona br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku. Eksperimenti izvedeni pod ovim uvjetima očito su protivni 'načelima međunarodnog prava (law of nations), proizašlog iz prakse uspostavljene među civiliziranim narodima, zakona humanosti i diktata javne savjesti'*“.⁵⁹ Sud je dodatno istaknuo kako je za osudu za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti koji su stavljeni na teret točkama 2. i 3. optužnice nužno bilo dokazati „*izvan razborite sumnje da su optuženici u bilo kojem svojstvu sudjelovali u počinjenju barem jednog medicinskog eksperimenta ili drugih zločina koji su bili predmet optužnice (npr. u programu T-4, op. a.). Niti pod kojim drugim uvjetom osuda nije moguća*“.⁶⁰

Zabrana istraživanja (eksperimentiranja) bez informiranog pristanka, *explicite* priznata Nürnberškom presudom, u Nürnbergu je započela svoj prodor u međunarodno običajno pravo, a što ćemo nastojati dokazati i u nastavku rada. Takva istraživanja predstavljala su i kršenje njemačkog kaznenog zakonodavstva koje je bilo na snazi za vrijeme nacističke Njemačke.⁶¹ Kao što smo naveli, u presudi je potvrđeno kako su kaznena prava civiliziranih naroda zabranjivala takve eksperimente, a daljnji je razvoj međunarodnog prava samo potvrdio zabranu nedobrovoljnog istraživanja. U narednom ćemo poglavlju analizirati kaznenopravni odgovor na nekonsenzualno eksperimentiranje u Njemačkoj, kako prije, tako i nakon nacističke vladavine, a u nastavku rada ćemo istražiti i vjernost duhu Nürnberškog Kodeksa u međunarodnom pravu i nacionalnim pravima, te recepciju njegovog temeljnog pravila o apsolutnoj nužnosti pristanka.

⁵⁸ *Ibid.*, 181-182.

⁵⁹ *Ibid.*, 183.

⁶⁰ *Ibid.*, 174.

⁶¹ Kao i Kodeska liječničke etike. V. *Bassiouni* 2011, 421.

3. NJEMAČKA I EKSPERIMENTIRANJE BEZ PRISTANKA – PRIJE I NAKON TREĆEG REICHA

Iako je još u prvom Nürnberškom suđenju utvrđeno da dopuštenost određenih djela prema internom pravu ne može biti opravdanje za međunarodne zločine,⁶² nužno je naglasiti kako su zločini stavljeni na teret optuženicima u predmetu *Brand tempore criminis* bili kažnjivi i prema njemačkom kaznenom zakonodavstvu. Ne samo da su bili inkriminirani ubojstvo, mučenje ili ropstvo, već je i samo provođenje istraživanja bez pristanka subjekta nedugo po stupanju na snagu njemačkog kaznenog zakona ocjenjeno kao činjenični supstrat koji valja supsumirati pod odredbu njemačkog Kaznenog zakona o tjelesnoj ozljedi.

Osim pod zakonski opis kaznenog djela tjelesne ozljede,⁶³ medicinski postupak može predstavljati i činjenični supstrat koji se može supsumirati, ovisno o okolnostima slučaja, i pod zakonske opise kvalificiranih kaznenih djela tjelesne ozljede. Tako je kod kaznenog djela teške tjelesne ozljede (*Gefährliche Körperverletzung*) kvalifikatorna okolnost sredstvo, odnosno *modus* počinjenja,⁶⁴ dok je kod opasne tjelesne ozljede (*Schwere Körperverletzung*) kvalifikatorna okolnost posljedica medicinskog postupka kao teža posljedica.⁶⁵ Posebno je inkriminirana tjelesna ozljeda kvalificirana smrću.⁶⁶ Ovakvo je normativno rješenje primjenjivije na terapijski i

⁶² V. Načelo br. II, *The Principles of International Law Recognized in the Charter and the Judgment of the Nürnberg Tribunal; Texts and Comments* (v. bilj. 13).

⁶³ § 223 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juni 2015 (BGBl. I S. 926) [dalje: dStGB]: „(1) *Tko drugoga tjelesno ozljedi ili mu naruši zdravlje, kaznit će se kaznom zatvora do 5 godina ili novčanom kaznom. (2) Pokušaj je kažnjiv.*”

⁶⁴ § 224 dStGB: „*Tko prouzroči tjelesnu ozljedu (1) 1. davanjem otrova ili drugih štetnih tvari; 2. uporabom oružja ili opasnog oruđa; 3. djelujući na podmukao način; 4. djelujući zajedno s drugim; 5. na način koji predstavlja opasnost po život, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do deset godina, a u manje ozbiljnim slučajevima, kaznom zatvora od tri mjeseca do pet godina. (2) Pokušaj je kažnjiv.*“ U kontekstu istraživanja lijekova, koja čine oko 55 % svih biomedicinskih istraživanja u Njemačkoj (European Network of Research Ethics Committees (EUREC), National Information: Germany, dostupno na: <http://www.eurecnet.org/information/germany.html> [28.4.2015.]) u obzir dolazi primjena § 224(1)1.

⁶⁵ § 226 dStGB. Takve su kvalifikatorne okolnosti: gubitak vida na jedno ili na oba oka, gubitak sluha, govora, gubitak mogućnosti prokreacije; gubitak ili nemogućnost korištenja važnog dijela tijela; značajna i trajna iznakažanost, dugotrajna bolest, paraliza, duševna smetnja ili onesposobljenost. Propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina, no, ukoliko je posljedica obuhvaćena počiniteljvom namjerom, zakonski minimum je tri godine zatvora. Predviđen je niži zakonski okvir za manje ozbiljne slučajeve.

⁶⁶ § 227 dStGB: „(1) *Ako počinitelj prouzroči smrt ozljeđene osobe nanošenjem tjelesne ozljede (§ 223-226), kaznit će se kaznom zatvora od najmanje tri godine. (2) U manje*

dijagnostički zahvat izvršen bez pristanka, no ubrzo po stupanju zakona na snagu je prihvaćeno kako se i provođenjem biomedicinskog istraživanja bez pristanka ispitanika ostvaruje biće kaznenog djela tjelesne ozljede.

Ukazujemo ovdje na „*Neisserov slučaj*“, *cause célèbre* kasnog 19. stoljeća, koji je uvelike utjecao na donošenje prvog poznatog općenormativnog pravnog akta kojim se regulira istraživanje na ljudima – Direktive pruskog Ministra bogoštovlja, prosvjete i zdravlja iz 1900. godine upućene čelnicima svih medicinskih ustanova.⁶⁷ *Albert Neisser*, znameniti njemački dermatolog i venerolog, proveo je 1892. godine medicinsko istraživanje s ciljem pronalaska metode prevencije sifilisa i to cijepljenjem zdravih ljudi serumom iz osoba oboljelih od sifilisa.⁶⁸ Bez informiranja o postupku i ishodu pristanka ispitanika, odnosno njihovih zakonskih zastupnika, na provođenje istraživanja, injektirao je serum u osam mladih žena zaprimljenih u bolnicu zbog drugih razloga, nadajući se kako će iste razviti imunitet na sifilis.⁶⁹ U četverogodišnjem periodu opservacije koje je uslijedilo, četiri su ispitanice, u radovima o provedenom istraživanju opisane kao „*puellae publicae*“ (lat.: javne žene, prostitutke, *op. a.*), razvile sifilis, a *Neisser* je, ustanovivši nedjelotvornost cjepiva, zaključio kako se sifilis nije razvio zbog vakcinacije serumom, već je oboljenje pripisao njihovom bavljenju prostitucijom.⁷⁰ Zbog provođenja istraživanja na ljudima bez njihova pristanka, *Neisser* je kažnjen u disciplinskom postupku pred Carevinskim disciplinskim sudom.⁷¹ Budući da je slučaj postao poznat

ozbiljnim slučajevim, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.“ Kod počinitelja mora postojati namjera na prouzročenje tjelesne ozljede, dok smrt, kao teža posljedica, mora biti obuhvaćena nehajem (tzv. preterintencionalitet), ocjena postojanja kojeg će biti svedena na ocjenu predvidljivosti smrti kao teže posljedice. V. *Novoselec* 2009, 274. Ukoliko bi počinitelj u odnosu na smrt postupao s namjerom, radilo bi se o kaznenom djelu ubojstva, a ne prouzročenja tjelesne ozljede sa smrtnim ishodom.

⁶⁷ V. *Grođin* 1992, 127-128. Direktiva je *expressis verbis* apsolutno zabranjivala provođenje neterapeutskih istraživanja na maloljetnicima i ostalima koji nisu u potpunosti sposobni po nekoj drugoj osnovi (§ 1(1)). Nadalje, zahtijevala je nedvosmisleni pristanak ispitanika (§ 1 (2)), te adekvatno objašnjene mogućih negativnih posljedica istraživanja (§ 1(3)). *Argumentum a contrario* § 3 Direktive („*Ova direktiva ne primjenjuje se na medicinske zahvate poduzete u dijagnostičke, terapijske svrhe ili radi vakcinacije*“), priozlazi kako je ista bila primjenjiva samo na neterapeutska istraživanja. Propisivala je i kako svako istraživanje može biti provedeno samo od strane direktora medicinske ustanove ili s njegovim posebnim odobrenjem (§ 2(1)), te kako o svakom istraživanju mora biti sastavljen zapis u medicinskoj zbirci slučajeva kako bi se potvrdilo da su ispunjeni kriteriji iz § 1, te § 2(1), specificirajući detalje slučaja (§ 2(2)).

⁶⁸ V. *Vollmann & Winau* 1996, 1445.

⁶⁹ *Winau* 2007, 49.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ V. *Vollmann & Winau* 1996, 1445-1446. Sud je utvrdio kako je *Neisser*, iako uvjeren kako je ispitivanje bezopasno, bio dužan ishoditi pristanak pacijentica. Takav je bio i

javnosti tek objavom radova o istraživanju koje je uslijedilo šest godina nakon njegova provođenja, zbog nastupa zastare otpala je mogućnost kaznenog progona *Neissera*.⁷² Za razumijevanje kaznenopravnog tretmana biomedicinskih istraživanja bez pristanka u kontekstu njemačkog prava od osobitog je značaja i bilo i stajalište istaknutih pravnika, zatraženo od strane Ministra bogoštovlja, prosvjete i zdravlja povodom *Neisserovog* slučaja, prema kojem se „*provođenjem neterapeutskog istraživanja na ljudima bez njihova pristanka ostvaruju obilježja kaznenog djela tjelesne ozljede*“.⁷³ Štoviše, prvi dobitnik Nobelove nagrade za fiziologiju i medicinu, *Emil von Behring*, posebno se referirajući na *Neisserov* slučaj istaknuo je u izvješću Ministru kako je čisto znanstveno eksperimentiranje na ljudima (neterapeutsko istraživanje) neetično, čak i ako su ispitanici dali pristanak. Naveo je i kako vršenje eksperimenta na samome sebi mora uvijek prethoditi eksperimentiranju na pacijentima.⁷⁴ Ističući nužnost pribave informiranog pristanka kao obveznog preduvjeta za provođenje neterapeutskog istraživanja te naglašavajući kako znanstvena valjanost istraživanja ne umanjuje odgovornost liječnika ako je istraživanje provedeno bez pristanka, mišljenje je učinilo značajan iskorak u afirmaciji ljudskih prava zaključkom kako je „*poštovanje prava [ispitanika, op. a.] i morala jednako važno za dobrobit čovječanstva kao i medicinski i znanstveni napredak*“.⁷⁵ Citat ne gubi na aktualnosti niti danas, budući da se još uvijek pojmovima poput: „dobrobiti čovječanstva“, „društvene korisnosti“, „javnog interesa“ nastoje opravdati zločini počinjeni u ime znanosti te ekskulpirati njihovi počinitelji.⁷⁶

zaključak vodećih njemačkih liječnika koji su, nakon nekoliko parlamentarnih rasprava na kojima je zatraženo hitno djelovanje Vlade, zaduženi od strane Ministra bogoštovlja, prosvjete i zdravlja sastaviti detaljno izvješće o slučaju. U istome su se usredotočili na autonomiju i dobročinstvo kao načela za provođenje istraživanja na ljudima zaključujući kako liječnik koji je prepoznao mogućnost razvitka bolesti kao posljedice injektiranja seruma, nije imao pravo cijepiti ispitanike takvim serumom. Naglašeno je kako su u svakom slučaju informiranje ispitanika i ishođenje njihova pristanka nužni preduvjeti za provođenje istraživanja.

⁷² *Winau* 2007, 49.

⁷³ *Vollmann & Winau* 1996, 1446.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ U literaturi se izlaže kritici ustaljenu praksu nekažnjavanja liječnika za provođenje istraživanja na ljudima bez pristanka, a jedno od objašnjenja takve prakse pronalazi se i u argumentu društvene korisnosti takvih istraživanja. Tako *Song Richardson* navodi kako jedno od objašnjenja neprocesuiranja odgovornih istraživača „*leži u društvenoj korisnosti istraživanja. Društvo vjeruje kako je djelatnost istraživača vrijedna, korisna i važna. Općenito, naše društvo prihvaća praksu istraživanja na ljudima, unatoč činjenici da ista može rezultirati ozbiljnim ozljedama i smrću, zato što može dovesti do načina izlječenja*

Kako je točno došlo do preokreta njemačkih liječnika i apsolutnog zanemarivanja svih etičkih principa odnosa prema pacijentima prelazi obujam ovog rada. Napominjemo ovdje kako je već 1935. godine načelo *nullum crimen sine lege* u Njemačkoj bilo naprosto zamijenjeno načelom *nullum crimen sine poena* koji nikako nije odgovaralo kontinentalnom pravnom sustavu.⁷⁷ Upravo je izmjena načela zakonitosti doprinijela nebrojenim kršenjima osnovnih ljudskih prava što je također bilo vidljivo i iz provođenja medicinskih eksperimenata pri čemu su zanemarena u potpunosti i sama shvaćanja njemačkih pravika i interpretacije njemačkih propisa koji su prije Trećeg Reicha štitili ljudsko dostojanstvo i pravo pojedinaca da svojim prihvatom odbije ili prihvati sudjelovanje u medicinskom eksperimentu.

U kontekstu njemačkog kaznenog prava, svaki je liječnički postupak *prima faciae* protupravan.⁷⁸ Stajalište o medicinskom zahvatu kao radnji kojom se ostvaruje biće kaznenog djela tjelesne ozljede za čije je opravdanje potreban pristanak oštećenika navedeno je prvi puta u glasovitoj presudi njemačkog Carevinskog suda u predmetu „*Fußwurzelknochen-Fall*“.⁷⁹ Nakon citirane presude, Carevinski je sud svaki zahvat, neovisno o tome je li poduzet u dijagnostičke, terapijske, kozmetičke ili istraživačke svrhe, držao za radnju

razornih bolesti. [...] Propust da se kazne krivi počinitelji možda proizlazi iz straha da će kazna osujetiti provođenje medicinskih istraživanja koja smo motivitani promicati.“ V. Song Richardson 2009, 101.

⁷⁷ Steinke navodi da su „[g]odine 1935. Nacisti učinkovito promijenili *nullum crimen, nulla poena sine lege* iz § 2 njemačkog Kaznenog zakona u *nullum crimen sine poena*” te da je u novoj verziji ovaj paragraph Kaznenog zakona glasilo kako slijedi: „Kaznit će se svaka osoba koja počini čin koji zakon proglašava kažnjivim ili koji zaslužuje kažnjavanje u skadu s temeljnim postulatima kaznenog prava i osjećaju javnog mnijenja [...]“.⁷⁸ Steinke 2012, 49. Naime, iako 1945. godine obrana u Nürnbergu isticala da je procesuiranje pojedinaca za čini države „revolucionarno“ i predstavlja povredu načela *nullum crimen sine lege* (v. Zajednički podnesak obrane od 10. 11. 1945., objavljeno u Kraus, H., *Gerichtstag in Nürnberg*, Hamburg, Gesetz-und-Recht-Verlag, 1947, i citirano prema Steinke 2012, 48.) valja naglasiti da se radilo, između ostalih, i o onim istim znanstvenicima koji su to samo načelo „uništavali za vrijeme Trećeg Reicha“ (Steinke 2012, 49). Kao što je to poznato, Nürnberški tribunal na takvu je obranu reagirao na način da je načelo *nullum crimen* proglasilo načelom materijalne pravde, na koje se obrana ne može pozivati jer su optuženici bili svjesni da krše međunarodno parvo (Steinke 2012, 48, citirajući Albrecht, H.-J., *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit in 20. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 75.). Tada je i nastalo čuveno tumačenje *Gustava Radbrucha* koji je jasno označio kako u svakom slučaju pravni pozitivizam mora biti ograničen sljedećim načelom: kada je stupanj nepravde u domaćim zakonima toliko značajan i nesnošljiv do razine da ti zakoni ne predstavljaju pravo, isti se ne bi se trebali smatrati obvezujućima. V. *Radbruch* 1946, 107.

⁷⁸ *Arg. ex § 228 dStGB.*

⁷⁹ RGSt 25 (1894), 375. Prema *Eser* 1994, 237.

kojom se ostvaruju obilježja kaznenog djela tjelesne ozljede.⁸⁰ Takvo je stajalište zadržano i danas. Slijedeći njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici svojstveno razlikovanje između suglasnosti kao pristanka koji isključuje biće kaznenog djela (njem. *Einverständnis*) i pristanka čiji je učinak isključenje protupravnosti (njem. *Einwilligung*),⁸¹ valja naglasiti kako je informirani pristanak razlog isključenja protupravnosti. U tom kontekstu njemački KZ ne razlikuje informirani pristanak na medicinski zahvat od pristanka općenito, no valja naglasiti da zakonodavac propisuje daleko strože kriterije za prosudbu valjanosti informiranog pristanka, osobito u pogledu pristanka na biomedicinsko istraživanje, od pristanka na tjelesnu ozljedu općenito.⁸² Iako sposobnost dati informirani pristanak, prema stajalištu njemačke judikature, prihvaćenom u brojnim posebnim zakonima i literaturi, imaju svi koju su u mogućnosti shvatiti „narav, značaj i implikacije“ (njem. *Wesen, Bedeutung und Tragweite*) svoje odluke o podvrgavanju liječničkom postupku, uključujući i poslovno nesposobne osobe (zbog maloljetnosti ili lišenja poslovne sposobnosti), pristanak na kliničko ispitivanje može dati samo poslovno sposobna osoba.⁸³ Informirani pristanak je, dakle, opravdavajući razlog (njem. *Rechtfertigungsgründe*) neovisno o tome radi li se o temeljnom obliku kaznenog djela tjelesne ozljede ili nekom od navedenih kvalificiranih oblika, čime njemački zakonodavac određuje tjelesni integritet, odnosno zdravlje, kao dostupibilno

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ V. Bohlander 2008, 77; Bachmann 2003, 1038. No, neovisno o tome radi li se o suglasnosti kao razlogu isključenja bića kaznenog djela ili pristanku kao razlogu isključenja protupravnosti, zaštićeno pravno dobro mora biti individualno. V. Dubber 2005, 694, bilj. 72. Ipak, imajući u vidu da je dostupibilnost pravnog dobra jedna od pretpostavki isključenja protupravnosti zbog pristanka oštećenika, valja naglasiti kako pravo ne dozvoljava disponiranje individualnim pravnim dobrima kod kojih se sukobljavaju autonomija pojedinca i društveni interes. V. Novoselec 2009, 226. U pogledu inkriminacija kod kojih pristanak (suglasnost) isključuje već samo biće kaznenog djela, jasno je da zakonodavac, propisivanjem nepostojanja suglasnosti kao obilježja kaznenog djela, izrazio stav o dostupibilnosti zaštićenog pravnog dobra.

⁸² Zakon o zaštiti prava pacijenata (*Patientenrechtegesetz*) stupio je na snagu 26. veljače 2013. godine te je pobliže utvrdio sadržaj informiranog pristanka koji je reguliran u § 630d (*Einwilligung*) Općeg građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 16 des Gesetzes vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1042) [dalje: BGB].

⁸³ V. § 40(1)3 Njemačkog Zakona o medicinskim proizvodima. Iznimke su predviđene i u pogledu pristanka na sterilizaciju i kastraciju, gdje nije dostatna faktička sposobnost shvaćanja naravi, značaja i implikacija odluke o pristanku na zahvat, već je za valjanost pristanka na sterilizaciju nužno da je osoba punoljetna (§ 1631c BGB), a za kastraciju da je starija od 25 godina (§ 2(1)3 Zakona o dobrovoljnoj sterilizaciji i drugim metodama liječenja). Prema Amelung 2000, 2.

pravno dobro bez obzira na stupanj zadiranja u ista.⁸⁴ Ipak, dStGB predviđa jednu restrikciju – tjelesna ozljeda će unatoč pristanku oštećenika biti protupravna ako je postupanje počinitelja protivno moralu društva.⁸⁵ Nužno je naglasiti kako radnja na koju je dan pristanak, kako bi isti isključivao protupravnost, ne smije biti protivna moralu društva, dok je irelevantno je li pristanak *per se* protivan moralu društva.⁸⁶ Osim materijalnopravne disponibilitnosti, za kaznena djela tjelesne ozljede i nehajne tjelesne ozljede zakonodavac predviđa i procesnopravnu disponibilitnost.⁸⁷

Iako se liječničkim postupkom ostvaruje biće kaznenog djela tjelesne ozljede čime dolazi do povrede tjelesnog integriteta, odnosno zdravlja čovjeka – pravnih dobara čija je zaštita *ratio legis* kaznenih djela protiv osobe⁸⁸ – takva je povreda u slučaju pristanka opravdana, odnosno

⁸⁴ Brojna zakonodavstva, za razliku od njemačkog i austrijskog, ipak ne prizaje pojedincu tako široku diskreciju u raspolaganju zaštićenim pravnim dobrima, te je pristanak, u slučaju teškog narušenja zdravlja, odnosno tjelesnog integriteta, reguliran kao privilegirajuća okolnost ili kao olakotna okolnost, koja može dovesti i do ublažavanja kazne, ili kao razlog isključenja kažnjivosti. V. *Meulders-Klein* 1983, 39-40. U hrvatskom kaznenom pravu pristanak oštećenika ne isključuje protupravnost teške tjelesne ozljede, no kaznenopravna odgovornost liječnika se prosuđuje na razini bića kaznenih djela protiv zdravlja ljudi, a ne u kontekstu isključenja protupravnosti kaznenih djela protiv života i tijela.

⁸⁵ V. § 228 dStGB. Ovdje upućujemo na odluku njemačkog Ustavnog suda koji nije smatrao da je došlo do povrede prava izvjesnog Armina Meiwesa uslijed njegove osude na kaznu doživotnog zatvora za tesko ubojstvo. Objavivši oglas na internetu u kojem je tražio „volontera“ koji bi pristao da ga ovaj ubije i pojede, Armin Meiwes je izabrao jednog između stotina kandidata te izvršio upravo ono što je najavio u oglasu. Meiwes je zastupao tvrdnju da se smrt Bernda Jürgena Brandesa treba kvalificirati kao usmrćenje na zahtjev. Niti jedan sud koji je odlučivao u ovome predmetu nije prihvatio ovu kvalifikaciju. V. više u Mitsch 2007, 197-203. V. i *Arzt, Weber, Heinrich & Hilgendorf* 2009, 97

⁸⁶ Tako i *Bohlander* 2008, 84.

⁸⁷ Kazneni progon za ova kaznena djela poduzima se povodom prijedloga, osim ukoliko bi nadležno tijelo kaznenog progona držalo da je zbog posebnog javnog interesa potrebno poduzeti progon *ex proprio motu*. V. § 230 dStGB (1). *Argumentum a contratio*, odstupanje od načela oficijelnosti kaznenog progona nije predviđeno za kvalificirane oblike kaznenog djela tjelesne ozljede, pa se za njih kazneni progon poduzima uvijek *ex proprio motu*. Nastupi li smrt kao posljedica namjerne tjelesne ozljede, pravo podnošenja prijedloga za kazneni progon pripada i članovima obitelji. Ovlaštenici na podnošenje prijedloga taksativno su određeni § 77(2) dStGB, kao i redosljed kojim su pozvani podnijeti prijedlog. Ukoliko je ovlaštenik sudjelovao u kaznenom djelu ili je njegova veza s oštećenim prestala postojati, isključen je iz kruga osoba ovlaštenih podnijeti prijedlog. Također, nije dozvoljeno podnijeti prijedlog ukoliko bi progon bio protivan izričitoj volji oštećenika. Imajući u vidu kako njemački zakonodavac u ovom slučaju pravo pokretanja kaznenog postupka stavlja u ruke oštećenoga, ovakvo je rješenje jedino i prihvatljivo – bilo bi uistinu nelogično i normativno nekonzistentno kada bi zakon predviđao pokretanje kaznenog postupka povodom prijedloga, a ujedno dozvoljavao progon *contra voluntatem* oštećenoga nakon njegove smrti.

⁸⁸ V. § 223-§ 231 dStGB, 17. odjeljak, Kaznena djela protiv tjelesnog integriteta.

isključuje protupravnost. Oštećeni se, naime, davši pristanak, odrekao zaštite svog pravnog dobra,⁸⁹ pa pravni poredak zbog nepostojanja interesa odustaje od njegove zaštite. Ovakvo je rješenje jedino održivo sagledavajući ga kroz prizmu njemačkog kaznenog zakonodavstva koje kaznenopravnu odgovornost liječnika za izvršenje liječničkog postupka bez pristanka pacijenta prosuđuje u kontekstu općih kaznenih djela protiv osobe kod kojih nepostojanje pristanka ne predstavlja obilježje kaznenog djela. Naime, kako dStGB ne poznaje posebnu inkriminaciju u kontekstu koje bi nepostojanje (informiranog) pristanka bilo obilježjem kaznenog djela (npr. samovoljno liječenje), tako niti postojanje takvog pristanka ne može biti razlogom isključenja bića kaznenog djela.⁹⁰

Osim što je ovakvo dogmatsko rješenje, kako ističe *Eser*, u kontradikciji s autopercepcijom medicinske struke,⁹¹ ono je i neadekvatno te neće biti primjenjivo na sve slučajeve provođenja biomedicinskih istraživanja bez pristanka. Naime, kaznena djela protiv osobe, kroz koja njemačko kazneno pravo daje odgovor na zlorabu biomedicinskih istraživanja, materijalna su kaznena djela,⁹² a provođenje biomedicinskog istraživanja, ipak ne mora rezultirati posljedicom u vidu povrede tjelesnog integriteta ili zdravlja ispitanika.⁹³ Sukladno navedenom, ako ne nastane povreda, njemačko kazneno zakonodavstvo ne predviđa kažnjavanje za provođenje biomedicinskog istraživanja bez pristanka, osim eventualno za pokušaj tjelesne ozljede.⁹⁴

⁸⁹ V. *Eser* 1987, 49.

⁹⁰ Ipak, prihvaćanjem teorije o negativnim obilježjima kaznenog djela (njem. *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*), prema kojoj je nepostojanje razloga isključenja protupravnosti sastavni dio bića kaznenog djela (njegova negativna komponenta), informirani pristanak postao bi razlogom isključenja bića kaznenog djela. U tom kontekstu, v. *Bohlander* 2008, 83 i 88. Autor ukazuje na stajalište prema kojem pristanak oštećenika uvijek isključuje biće kaznenog djela jer se nepostojanje pristanka smatra nepisanim obilježjem kaznenog djela, čime se negira tradicionalno razlikovanje suglasnosti kao razloga isključenja bića kaznenog djela i pristanka kao razloga isključenja protupravnosti. Kritički o teoriji o negativnim obilježjima bića kaznenog djela, v. *Novoselec* u *Horvatić* (gl. ur.) 2002, 583.

⁹¹ *Eser* 1994, 237.

⁹² Iznimka je kazneno djelo sudjelovanja u tučnjavi iz § 231 dStGB, kod kojeg je smrt ili teška tjelesna ozljeda objektivni uvjet kažnjivosti, odnosno posebna pretpostavka kažnjivosti izvan bića kaznenog djela, a ne teža posljedica u kontekstu § 18 dStGB. No kazneno djelo sudjelovanja u tučnjavi je irelevantno u kontekstu bilo kojeg medicinskog postupka te njegova primjena ne dolazi u obzir.

⁹³ Štoviše, može dovesti i do poboljšanja zdravlja.

⁹⁴ V. § 223(2) dStGB. Ovdje još valja napomenuti kako austrijsko kazneno zakonodavstvo (*Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 154/2015; öStGB) daje, po našem stajalištu, adekvatniji odgovor na zlorabu biomedicinskih istraživanja, no

Iz navedenog proizlazi kako su stravična kršenja prava ljudi *bezvrijednih življenja* za vrijeme Trećeg Reicha, između ostalog, podvrgavanjem istih eksperimentima bez njihova pristanka, ipak devijacija u stoljetnoj uzornoj njemačkoj praksi regulacije eksperimentiranja na ljudima i adekvatnog odgovora na kršenje iste. Ne samo da je gotovo netom po stupanju njemačkog Kaznenog zakona eksperimentiranje bez pristanka ocijenjeno kao kriminalno od strane sudova, pažnju zavrjeđuje i izrazito razvijena svijest unutar same medicinske struke o neprihvatljivosti takve prakse i to u vrijeme izrazitog medicinskog paternalizma, kada razvoj koncepta autonomije pojedinca i njegove vlasti nad samim sobom nije bio niti u povojima. Stajalište uglednih pravnika od prije više od jednog stoljeća o nužnosti davanja primata pravima pojedinca nad interesima znanosti i društva u cjelini također treba biti ocijenjena kao intelektualna hrabrost. Napokon, iako su upravo u Njemačkoj počinjena najteža zvjerstva pri eksperimentiranju u vidu dehumanizacije ljudi i svođenja istih na bezvrijedna sredstva za postizanje daljnjih zločinačkih ciljeve, poput istrebljenja pojedinih društvenih skupina rezultatima takvih eksperimenata, ili baš zato, Njemačka je danas, kako ćemo pokazati, najvjernija duhu Nürnberškog Kodeksa.

pritom žrtvujući normativnu konzistentnost. Naime, ista okolnost – informirani pristanak, bit će, ako je nastala tjelesna ozljeda kao posljedica, razlog isključenja protupravnosti (§ 90 öStGB, *Einwilligung des Verletzten*), dok će kod neovlaštenog liječenja biti dovoljno da je poduzeto bez pristanka te će pribavljanje pristanka biti tretirano kao razlog isključenja bića kaznenog djela (§ 110 öStGB, *Eigenmächtige Heilbehandlung*). Time Austrija izrijeком predviđa kaznenu odgovornost za slučajeve biomedicinskog istraživanja, ako ono nije poduzeto s informiranim pristankom čak i ako nije nastala posljedica. Najsretnije rješenje glede regulacije nedopustenog eksperimentiranja na ljudima pruža francuski zakonodavac (LOI n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, Version consolidée au 30 décembre 2015; Code pénal). Tako Code pénal (čl. 223-8, *De l'expérimentation sur la personne humaine*) inkrimirana provođenje biomedicinskog istraživanja ili stvaranje mogućnosti da isto bude provedeno bez pribavljanja slobodnog, informiranog i eksplicitnog pristanka osobe podvrgnute istraživanju, osobe koja nad ispitanikom ostvaruje roditeljsku skrb, skrbnika, ili bilo koje druge osobe, tijela vlasti ili organizacije ovlaštene dati pristanak, odnosno dozvoliti provođenje istraživanje temeljem Zakona o javnom zdravlju. Predviđena je i kaznenopravna odgovornost pravne osobe za provođenje eksperimenta bez pristanka (čl. 223-9).

4. TEMELJNI PRIJEPORI U REGULACIJI BIOMEDICINSKIH ISTRAŽIVANJA DANAS I ODSUPANJA OD NÜRNBERŠKIH NAČELA

Možemo reći da je još dalek put do potpunog ujednačavanja pravila istraživanja na međunarodnoj razini.⁹⁵ Zbog nedostatka ujednačene regulacije izvođenje medicinskih istraživanja biva dodatno komplicirano i podložno zlouporabama. Navedeno osobito dolazi do izražaja u slučajevima kada se istraživanje provodi u jurisdikciji različitoj od one tržišta gdje će lijek biti prvotno registriran i stavljen u uporabu, kao što je to bilo u predmetu *Pfizer*.⁹⁶ Medicinska istraživanja u svakom slučaju moraju biti isplanirana, etički odobrena i strogo nadzirana. Informirani pristanak pacijenta je *conditio sine qua non* svakog istraživanja.⁹⁷ U ovom ćemo poglavlju iznijeti osnovne prijepore koji su nastali kao posljedica razrade Nürnberškog kodeksa u Helsinškoj deklaraciji,⁹⁸ Konvenciji Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene

⁹⁵ Za pregled važeće regulative u 120 država v. International Compilation of Human Research Standards, 2016 Edition, U.S. Department of Health and Human Services, Office for Human Research Protections, dostupno na: <http://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/internationalcomp2016%20.pdf> [31.5.2016.].

⁹⁶ Dodatne prijepore izaziva preklapanje odnosa liječnik-pacijent s odnosom ispitivač-isпитanik, osobito kada istraživanja provodi liječnik pacijenta bez da je pacijent obaviješten da se radi zapravo o istraživanju kroz postupak liječenja, a ne samo o liječenju. V. *Doppelfeld* 2010, 109. Radi se o tzv. problemu dvostruke lojalnosti (eng. *double-loyalty problem*). Liječnik mora ostati lojalan pacijentu, ali i istraživačkom projektu na kojem radi. Taj se problem rješava tako da se interesu pacijenta prida primarna važnost. Čl. 6 st. 2 Kodeksa medicinske etike i dentologije Hrvatske liječničke komore (NN 55/08) između ostalog navodi da u medicinskim istraživanjima „*dobrobit pojedinca ima prednost pred interesima znanosti i društva*” te da je “[o]bveza [je] liječnika da u medicinskim istraživanjima štiti život, zdravlje, privatnost i dostojanstvo ispitanika.“ Sličan zahtjev sadrže i čl. 3 i 4 Helsinške deklaracije.

⁹⁷ Elementi informiranog pristanka uključuju sposobnost pacijenta za samostalno odlučivanje u svakom pojedinom slučaju (*competence*), njegovu obaviještenost o postupku (*disclosure*), njegovo razumijevanje tijeka bolesti kao i prednosti i nedostataka postupka (*understanding*), samostalnost u odlučivanju (*voluntariness*) te pristanak na takav zahvat (*consent*). Prema *Beauchamp & Childress* 2001, 79. Općenito o poštovanju autonomije v. istog djelo, 57-112. Za njemačko pravo v. *Eser* 1994, 235-253.

⁹⁸ WMA Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. Deklaracija je prihvaćena na 18. Godišnjem zasjedanju Glavne skupštine Svjetskog medicinskog udruženja (World Medical Association) u Helsinkiju 1964. godine, te dopunjena na godišnjim zasjedanjima Glavne skupštine u Tokiju 1975. godine, Veneciji 1983., Hong Kongu 1989., Somerset Westu 1996., Edinburghu 2000., Washingtonu 2002., Tokiju 2004., Seoulu 2008., te Fortalezi 2013. godine. Deklaracija je dostupna na web stranicama Svjetskog liječničkog udruženja: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html> [23.4.2015.].

biologije i medicine (dalje: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, Bioetička Konvencija)⁹⁹ i Dopunskom Protokolu na Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini glede biomedicinskih istraživanja,¹⁰⁰ Općoj Deklaraciji o bioetici i ljudskim pravima,¹⁰¹ te u Međunarodnim etičkim smjernicama za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima.¹⁰²

Iako Nürnberški Kodeks nije bio direktno inkorporiran u njemačko ili američko pravo¹⁰³ isti je služio kao polazište pri donošenju Helsinške Deklaracije od strane Svjetskog liječničkog udruženja 1964. godine, a zatim i svih ostalih nabrojanih dokumenata.¹⁰⁴ Od svih dokumenata najviše ćemo pozornosti u ovom poglavlju dati Bioetičkoj konvenciji jer ona predstavlja prvi pravnoobvezujući međunarodni akt kojim se regulira istraživanje nad ljudima. Koliko su poštovana sva načela iz Kodeksa u pravilima koja su uslijedila, ne samo u Bioetičkoj konvenciji, već i u ostalim navedenim dokumentima, drugo je pitanje,¹⁰⁵ ali zasigurno se može smatrati da u svima informiranom pristanku pripada centralno mjesto, po uzoru na Nürnberški

⁹⁹ Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No. 164.

¹⁰⁰ Additonal Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, CETS No. 195.

¹⁰¹ Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, UNESCO General Conference 33 C/Resolution 36, 19 October 2005.

¹⁰² International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), CIOMS, Geneva, 2002. Međunarodne etičke smjernice za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima usvojene su 1982. i izmijenjene 1993. i 2002. godine. Posljedna verzija s komentarom dostupna je na engleskom jeziku na stranici:

http://www.cioms.ch/publications/layout_guide2002.pdf [12.7.2015.].

¹⁰³ Američko pravo je vrijedno spomena jer je Vojni tribunal SAD-a bio nadležan za suđenje u predmetu *Brandt*. Ova će okolnost biti od značaja u suđenjima koja će uslijediti pred američkim sudovima zbog provođenja nedopuštenih istraživanja na ljudima, gdje će reference na Medicinsko suđenje biti brojne, što ćemo prikazati u obradi predmeta *Pfizer* i *Stanley* u nastavku rada. Ipak, iako je suđenje u predmetu *Brandt* provedeno pred vojnim tribunalom jedne od zemalja pobjednica u Drugom svjetskog ratu, naglašavamo ipak međunarodni karakter presude u ovome predmetu, u prilog čega svjedoči i oglašavanje Vrhovnog suda SAD-a nenadležnim za postupanje u ovome predmetu (v. bilj. 153). Tako *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1640, bilj. 221, navodi kako su „[p]etitions to the United States Supreme Court for review of these sentences were denied for lack of jurisdiction,“ što smatra „a further recognition of the international character of the judgments.“

¹⁰⁴ Usp. *Lötjönen* 2005, 175.

¹⁰⁵ Kao i pitanje koje su pravne posljedice tog odstupanja, odnosno obvezatnosti odnosno neobvezatnosti akata.

kodeks.¹⁰⁶ Dodatno pitanje koje se može postaviti je mogu li te regulacije odstupati od načela navedenih u Nürnberškom Kodeksu, i ako mogu, koja je granica tih odstupanja. Odstupanje od apsolutne nužnosti pribavljanja informiranog pristanka pri provođenju medicinskih istraživanja dovest će i do njezine neprihvatljivosti državama koje, primarno zbog povijesnog iskustva, pokazuju osobit senzibilitet glede ovog pitanja.

Najznačajniji prijevori tiču se upravo odstupanja od pribavljanja informiranog pristanka za provođenje istraživanja, koji se smatra, prema Nürnberškom Kodeksu, apsolutno nužnim preduvjetom za provođenje svih vrsta istraživanja.¹⁰⁷ Upravo je odredba o pristanku kao apsolutno nužnom preduvjetu za upuštanje u istraživanje prekršena u navedenim dokumentima. Moguće je naći argumente u obrani tog odstupanja, barem glede terapijskih istraživanja kada ne postoji konvencionalna terapija pa se pristupa primjeni eksperimentalnog lijeka. Tako je npr. davanje lijeka koji nije odobren u konačnici *ultima ratio* postupak liječenja. Često pacijenti žele primiti eksperimentalni lijek kada drugo liječenje ne pomaže. Epidemija ebrole te nepostojanje efikasnog odobrenog lijeka protiv iste ukazale su na potrebu liječenja eksperimentalnim lijekovima.¹⁰⁸ Prema tome, ako osobe koje mogu pristati na liječenje imaju mogućnost primiti takav eksperimentalni lijek zašto takav lijek ne bi mogle primiti osobe koje nisu sposobne izraziti svoj pristanak? Apsolutnom bi se zabranom pravilo koje je namijenjeno zaštititi osoba koja ne mogu dati pristanak na istraživanje okrenulo protiv njih samih. Ipak, važući te mogućnosti sa zlouporabama koje su se događale nad osobama *nevrijednih življenja*, Njemačka je, kao i Austrija, uvelike pod teretom vlastite prošlosti, odbila obvezati se Bioetičkom konvencijom.¹⁰⁹ Naime, sporne odredbe iz Konvencije

¹⁰⁶ Doduše, ponekad u organičenom obilku dopuštanjem mogućnosti da tu odluku donese druga osoba umjesto subjekta istraživanja.

¹⁰⁷ U Nürnberškom kodeksu je jasno propisano (u prvom pravilu) kako je “*voluntary consent of the human subject is absolutely essential*”, te da subjekti istraživanja “*should have legal capacity to give consent.*” V. bilj. 57-58 i tekst iznad.

¹⁰⁸ Štoviše, kako je i navedeno, neke od najrazvijenih država svijeta, poput Kanade i Japana, donirale su pomoć, između ostalog, i u vidu eksperimentalnog cjepiva (v. bilj. 7). Sasvim je drugačiji slučaj provođenja istraživanja bez pristanka u slučajevima kada već postoji efikasni odobreni lijek, ali se oboljeli umjesto liječenja istim podvrgavaju nekonsenzualnom ispitivanju eksperimentalnog lijeka, kao što je bilo u predmetu *Pfizer* koji ćemo analizirati u poglavlju 5.2.

¹⁰⁹ Posebno sporan je za Njemčku čl. 17(2) Bioetičke konvencije. Usp. čl. 7(b) Opće Deklaracije o Bioetici i Ljudskim Pravima. Za listu država članica Vijeća Europe koje su potpisale i ratificirale Konvenciju, prema stanju s 1.6.2016., v. Chart of signatures and ratifications of Treaty 164, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Status as of 01/06/2016, dostupno na:

omogućavaju u iznimnim slučajevima provođenje medicinskih istraživanja i bez pristanka ako osoba nije sposobna za davanje pristanka.¹¹⁰ Uglavnom se to odnosi na djecu¹¹¹ i osobe s duševnim smetnjama. Kamen spoticanja i za Njemačku i Austriju dodatno predstavlja mogućnost da se to istraživanje provede, pod određenim uvjetima, ne u njihovu izravnu korist, već u korist drugih, dakle kao tzv. neterapeutsko istraživanje.¹¹² Podjela istraživanja na terapeutska i neterapeutska tekovina je postnürnberškog razvoja regulacije istraživanja.¹¹³ Terapeutsko se istraživanje odnosi na ono istraživanje koje ujedno predstavlja liječenje.¹¹⁴ Izravnu korist od neterapeutskog istraživanja

http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=2POv0vgL [1.6.2016.]. Na listi država koje nisu obveznice Konvencije nalaze se, osim Njemačke i Austrije, *inter alia*, i Irska, Belgija, Ujedinjeno Kraljevstvo i Rusija [1.6.2016.].

¹¹⁰ V. čl. 17 Bioetičke konvencije koji regulira zaštitu osoba koje nisu sposobne dati pristanak.

¹¹¹ Za Republiku Hrvatsku v. *Turković, Roksandić Vidlička & Brozović* 2011, 191-214. Napominjemo da je članak pisan prema stanju propisa prije donošenja novog Obiteljskog zakona i Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama.

¹¹² V. *Stühlinger et al.* 2009, 51-53. Nadalje, kako ističe *Spranger*, „Njemačka vlada se ne slaže s odredbom čl. 17 Bioetičke konvencije i doživljava ju kao 'slippery slope' [...] i zbog toga što je zaštita djece u njemačkom pravnom sustavu jedna od najviših vrednota koja ne smije biti podrivana.“ V. *Spranger* 2012, 37.

¹¹³ Helsinška deklaracija iz 1964. godine prva je uvela distinkciju terapeutskog i neterapeutskog istraživanja te predvidjela različite mehanizme pribavljanja informiranog pristanka za neterapeutsko istraživanje i medicinsko istraživanje kombinirano s medicinskom njegom. Ipak, ističemo kako revizija Helsinške deklaracije usvojena na Godišnjem zasjedanju Glavne skupštine Svjetskog medicinskog udruženja u Edinburghu 2000. godine (v. bilj. 98) takva razlikovanja napušta te podjelu istraživanja temelji na riziku koje istraživanje može predstavljati za subjekte istraživanja. V. *Liddelet* 2006, 381 i 382.

¹¹⁴ Tako *Pattinson* 2011, 381. Podjela na terapeutska i neterapeutska istraživanja naišla je na izrazito široko prihvaćanje u zakonodavstvima europskih zemalja, dok je u SAD-u uglavnom žestoko kritizirana. V. *Schaller* 2008, 41; *Stühlinger et al.* 2009, 47. O važnosti i poteškoćama glede diferencijacije terapeutskog i neterapeutskog istraživanja *Stühlinger et al.* ističu slijedeće: „*The precise differentiation of the two terms is of prime importance, because through this distinction the systematic ethic wakes are set. There is, of course, an inevitable grey zone, which is caused by the fact that the benefit of therapeutic research for a sick person can, per se, only be a potential one. It follows that the decision whether the adverse effects and risks that a sick person is subjected to through the trial are balanced by a realistic chance of convalescence depends on the correct estimation of the respective researcher or the physician concerned. In order to assume that the research is 'therapeutic', there must be a concrete basis of scientific information from existing scientific knowledge. Such relevant scientific results are not necessary in the case of 'non-therapeutic' trials.*“ *Ibid.*, 48-49. Kada su predviđena različita pravila za provođenje terapeutskog i neterapeutskog istraživanja, ispravna klasifikacija je od iznimne važnosti. Međutim, osim objektivnih poteškoća razlikovanja ovih istraživanja te često difuzne granice između istih te potencijalnog nenamjernog pogrešnog klasificiranja istraživanja od

imaju druge osobe a ne pojedinac podvrgnut istraživanju. Bioetička konvencija samo iznimno dopušta istraživanje nad osobama koje nisu u stanju dati pristanak a koje ne bi išlo u korist njihova zdravlja nego u korist zdravlja drugih.¹¹⁵

Prikazano Medicinsko suđenja ostavlja malo dvojbe zašto države poput Austrije i Njemačke normativno artikuliraju veći senzibilitet glede mogućih zlouporaba u području medicinskih istraživanja od drugih. Skepticizam je u Njemačkoj i Austriji povijesno uzrokovan i dodatno poduprijet snažnim javnim mnijenjem.¹¹⁶ Tako je npr. i Radna skupina Njemačke Evangeličke Crkve objavila svoje mišljenje o istraživanjima: *“Istraživanje bez direktne korisnosti za subjekt istraživanja treba biti već načelno odbačeno. Kako je tanka granica između opasnosti od zlouporabe istraživanja i znanosti postalo je jasno u koncentracijskim logorima i programu eutanazije za vrijeme Nacional-socijalističke tiranije.”*¹¹⁷

Kritika tih odredbi koje omogućuju provođenje istraživanja nad osobama koje na to nisi mogle pristati, čini se razumna ako polazimo od dosada iznijetog o shvaćanju davanja pristanka kao *conditio sine qua non* medicinskog istraživanja. Ipak, moramo naglasiti kako Bioetička konvencija stavlja interes pojedinca ispred interesa društva u svojim odredbama te je u Bioetičkoj konvenciji naglašeno da se istraživanja na nekoj osobi mogu poduzeti jedino ako ne postoji alternativa usporedive učinkovitosti istraživanju na ljudima te ako rizici kojima se izlaže ta osoba nisu nerazmjerni potencijalnim koristima od istraživanja.¹¹⁸ Temeljno je i dalje

strane istraživača, odnosno liječnika, ne treba zanemariti niti potencijal zlouporabe u vidu namjernog neispravnog klasificiranja istraživanja kao liječenja, kako bi isto ulazilo u doseg povoljnije regulacije kada je ista predviđena za terapijskog istraživanja.

¹¹⁵ Čl. 17 st. 2 Bioetičke konvencije. I Opća deklaracija o bioetici i ljudskim pravima omogućava provođenje istraživanja nad osobama koje na to nisu u stanju pristati (putem instituta tzv. zamjenskog pristanka), ali, također u ograničenim okolnostima. Sukladno čl. 7(b) Opće deklaracije, istraživanje se može provesti samo radi neposredne koristi za zdravlje te dotične osobe, što podliježe ovlaštenju i uvjetima zaštite koji su propisani zakonom, te ako ne postoji druga alternativa istraživanju, a čija bi se učinkovitost mogla usporediti kod tog sudionika s nekim drugim istraživanjem na koje bi on mogao pristati. Istraživanja koja nemaju eventualnu izravnu korist za zdravlje ispitanika mogu se poduzeti kao iznimka, uz maksimalna ograničenja i minimalne opasnosti i opterećenja kojima se izlaže ta osoba, a ako se očekuje da ta istraživanja doprinesu koristima za zdravlje drugih ljudi iz iste kategorije, moraju udovoljavati uvjetima propisanim zakonom i biti usklađena s zaštitom ljudskih prava individualnih osoba. Deklaracija isto navodi da se odbijanje takvih osoba da sudjeluju u istraživanju mora poštivati.

¹¹⁶ V. Stühlinger et al. 2009, 62 i tamo navedenu literaturu.

¹¹⁷ Ibid. (citirajući de Wachter, M.A., Hastings Center Report, Vol. 27, No. 1, 1997).

¹¹⁸ V. čl. 16 t. i. i ii. Bioetičke konvencije. Ujedno kumulativno se traži da je istraživački projekt odobrilo nadležno tijelo nakon neovisnog ispitivanja njegove znanstvene

pravilo da se medicinski zahvat može izvršiti samo nakon što je osoba na koju se zahvat odnosi, kojoj su prethodno pružene odgovarajuće informacije o svrsi i prirodi zahvata kao i njegovim posljedicama i rizicima, izričito i konkretno dala svoj slobodan pristanak koji može povući u svako doba.¹¹⁹

Daljnje problem koji se javlja glede odstupanja od odredbi Nürnberškog Kodeksa tiče se pribavljanja pristanka od kolektiva, a ne samo od pojedinca podvrgnutog istraživanju. Naglašavamo, poglavito u svjetlu predmeta *Pfizer* kojeg ćemo u nastavku analizirati, da iako Helsinška deklaracija predviđa mogućnost da se u odgovarajućim slučajevima glede provođenja istraživanja konzultiraju i članovi obitelji, odnosno vođe zajednice čiji su članovi subjekti istraživanja, nitko sposoban dati pristanak ne može biti podvrgnut istraživanju bez svog slobodnog pristanka.¹²⁰ Ova je odredba odraz činjenice da se istraživanja provode i u društvima u kojima je utjecaj zajednice vrlo jak, kao što su to npr. određena područja afričkog kontinenta u kojima je čvrsto plemensko vodstvo i dalje prisutno. Načela navedena u Međunarodnim etičkim smjernicama za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima CIOMS-a uvode dodatna pravila za istraživanje u zemljama u razvoju.¹²¹ Od osobite je važnosti odredba da se istraživanje nad osobama u zemljama ili zajednicama s oskudnim sredstvima da istraživanje mora biti odgovarajuće zdravstvenim potrebama stanovništva nad kojim se provodi istraživanje i da će svaki rezultat takvog istraživanja biti dostupan za dobrobit tog stanovništva odnosno zajednice.¹²² Iako Međunarodne etičke smjernice nalažu nužnost poštovanja kulturnih običaja sredine u kojima se provodi istraživanje, uključujući potrebu ishoda pristanka vođe kolektiva ili kojeg drugog autoriteta prije pristupa zajednici ili potencijalnim subjektima istraživanja radi pribavljanja pristanka na istraživanje, značajno je što smjernice predviđaju kako niti u kojem slučaju pristanak vođe

vrijednosti, uključujući važnost cilja istraživanja i multidisciplinarnu ocjenu njegove etičke prihvatljivosti (t. iii.), te, što je osobito važno, da su osobe podvrgnute istraživanju informirane o svojim pravima i jamstvima propisanim za njihovu zaštitu (t. iv.).

¹¹⁹ V. čl. 5 i čl. 16 t. v. Bioetičke konvencije.

¹²⁰ Čl. 25 Helsinške deklaracije. Eventualni pristanak člana obitelji ili vođe kolektiva, dakle, ne može zamijeniti individualni pristanak pojedine osobe dobiven temeljem dostatnih i relevantnih informacija. Iznimku predstavlja kritizirana mogućnost istraživanja nad osobama koja nisu sposobne dati pristanak, za koje pristanak daje njihov pravni zastupnik. V. čl. 28 Helsinške deklaracije.

¹²¹ V. bilj. 102.

¹²² Smjernica br. 10 (Research in populations and communities with limited resources) glasi: „*Before undertaking research in a population or community with limited resources, the sponsor and the investigator must make every effort to ensure that: the research is responsive to the health needs and the priorities of the population or community in which it is to be carried out; and any intervention or product developed, or knowledge generated, will be made reasonably available for the benefit of that population or community.*“

zajednice ili kojeg drugog autoriteta ne može zamijeniti pristanak osoba koje se podvrgavaju istraživanju.¹²³

Osobit problem glede istraživanje u zemljama u razvoju, prvenstveno na afričkom kontinentu, predstavlja činjenica nepostojanja dostatno regulirane pravne zaštite osoba koje se podvrgavaju medicinskim eksperimentima. Može se tvrditi da je ta prva praznina čak i namjerna.¹²⁴ Razlog je ovakve minimalističke regulacije i nepostojanja gotovo ikakvih ograničenja ovih istraživanja u afričkim zemljama bojazan da bi detaljna normativna infrastruktura koja bi štitila subjekte istraživanja te sudski postupci koji bi bili vođeni protiv istraživača mogli otjerati istraživače i farmaceutske kompanije razvijenih zemalja s kontinenta.¹²⁵ Jasno je da manjak regulacije u usporedbi s razvijenim zemljama čini provođenje istraživanja u zemljama u razvoju osobito atraktivnima farmaceutskim korporacijama i istraživačima iz razvijenih zemalja: „*lack of effective regulation has given a perverse incentive to scientists in developed countries to conduct human trials in Africa when they cannot get approval for such research at home*“.¹²⁶

Nürnberški kodeks ima danas veliku važnost i zbog same činjenice da međunarodni i regionalni dokumenti koji reguliraju biomedicinska istraživanja nisu ujednačeni. Držimo kako bi to ujednačavanje trebalo biti izvedeno vraćanjem nürnberškim korijenima. Danas je neujednačenost regulative tim opasnija jer su istraživanja postala globalna te je uobičajeno za multinacionalne kompanije da istraživanja provode izvan država u kojima su registrirane.

Različite regulacije mogu dovesti i do neujednačenih rješenja, kako pred nacionalnim tako i pred međunarodnim sudovima. Napominjemo kako međunarodno pravo ljudskih prava, uključujući i norme međunarodnih instrumenata koje štite subjekte istraživanja, te odluke tijela koja primjenjuju međunarodno pravo ljudskih prava, može biti od koristi u primjeni i interpretaciji međunarodnog kaznenog prava, prvenstveno

¹²³ V. komentar uz CIOMS smjernicu br. 4 (Individual informed consent), *op. cit.* u bilj. 102, 35. Ipak, drži se kako su CIOMS smjernice inicijalno, u starijim verzijama, pružale vrlo rastezljiv pristup potrebi pribavljanja informiranog pristanka, pogotovo u slučajevima terapijskog istraživanja. Potreba pribavljanja informiranog pristanka pojedinca podvrgnutog istraživanju sa svim njegovim sastavnicama bila je zamijenjena tzv. pristankom zajednice. Smjernice su se temeljile na tzv. *communal-oriented approach*. V. Meier 2002, 543.

¹²⁴ Tako Meier, *ibid.*, 532. Naime, kako autor nastavlja, „*Dok vlade zemalja u razvoju očajnički pokušavaju omogućiti medicinska istraživanja svojim umirućim građanima, te države si nemogu omogućiti istraživanja bez potpore multinacionalnih farmaceutskih korporacija.*“ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*, 532-533.

¹²⁶ *Ibid.*, 533.

materijalnog prava, ali i procesnih standarda zaštite prava okrivljenika u postupku. Oni nisu sami po sebi obvezujući za sud, ali djeluju snagom svoga autoriteta te pomažu u određivanju sadržaja međunarodnog običajnog prava u području međunarodnog humanitarnog prava.¹²⁷ Navedeno je aktualnije time što čl. 22 st. 3 Rimskog Statuta¹²⁸ jasno navodi da primjena i tumačenje prava mora biti sukladna međunarodno priznatim ljudskim pravima. Prema tome, u suđenju za međunarodni zločin, npr. za zločin protiv čovječnosti počinjen podvrgavanjem civilnog stanovništva masovnim eksperimentima, može se postaviti pitanje obuhvaća li običajnopravna zabrana eksperimentiranja bez pristanka samo neterapeutska istraživanja, ili i terapeutska. Dakako, ovo pitanje neće se uvijek postaviti, pošto već i iz mjerodavnog prava može biti jasno kakvi eksperimenti ulaze u sferu zabranjenog. Tako npr. podvrgavanje ratnih zarobljenika neterapeutskim eksperimentima, odnosno onima koji nisu „*justified by the medical, dental or hospital treatment of the prisoner concerned and carried out in his interest*“, predstavlja ratni zločin.¹²⁹ S druge strane, čini se da bi podvrgavanje ratnih zarobljenika postupcima koji predstavljaju istraživanje kombinirano s liječenjem, odnosno onim postupcima koji ulaze u sferu terapeutskog istraživanja, ulazilo u sferu dozvoljenoga.¹³⁰

Važno je istaknuti kako sva pravila liječničke struke, kao što je Helsinška deklaracija, moraju biti usklađena s pozitivnim pravom. Provođenje eksperimenata na ljudima ne može biti prepušteno autoregulaciji medicinske zajednice. Nužnost medicinskoj struci izvanjske regulacije ilustrira i samo Svjetsko liječničko udruženje (*World Medical Association*), prvo „*uistinu*

¹²⁷ V. npr. presudu raspravnog vijeća Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-T, 22. II. 2001., para. 467: „*Because of the paucity of precedent in the field of international humanitarian law, the Tribunal has, on many occasions, had recourse to instruments and practices developed in the field of human rights law. Because of their resemblance, in terms of goals, values and terminology, such recourse is generally a welcome and needed assistance to determine the content of customary international law in the field of humanitarian law. With regard to certain of its aspects, international humanitarian law can be said to have fused with human rights law.*” V. više u *Cryer et al.* 2010, 13-15.

¹²⁸ Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90.

¹²⁹ Čl. 13 Ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima (v. bilj. 199).

¹³⁰ *V. de Preux et al.* 1960, 141: „*The Convention, of course, refers only to experiments not justified by the medical treatment of the prisoner concerned. It does not prevent doctors from using treatment for medical reasons with the sole object of improving the patient's condition. It must be permissible to use new medicaments and methods invented by science, provided that they are used only for therapeutic purposes. The prisoners must not in any circumstances be used as 'guinea-pigs' for medical or scientific experiments.*”

međunarodno udruženje liječnika¹³¹ koje je usvojilo Helsinšku deklaraciju te Ženevsku deklaraciju, kao nasljednicu Hipokratove zakletve.¹³² Iako je Svjetsko liječničko udruženje ubrzo osudilo zločine počinjene od strane liječnika koji su vršili eksperimente na ljudskim bićima u Njemačkoj za vrijeme II. Svjetskog rata, 1992. godine izabralo je *Hansa Joachima Seweringa*, bivšeg nacističkog liječnika umiješanog u program eutanazije, za svog predsjednika.¹³³

Jedno od pitanja koje se može postaviti je da li je i Bioetička konvencija postala dio međunarodnog običajnog prava, odnosno da li njezine odredbe mijenjaju Nürnberška pravila u dijelu u kojem reguliraju iznimke od obveznog pribavljanja informiranog pristanka pri provođenju istraživanja. Smatramo da to ipak nije slučaj. Bioetička konvencija je ipak konvencija regionalnog karaktera¹³⁴ te je u dijelu u koliziji s drugim konvencijama, poput Konvencije o osobama s invaliditetom koja striktno zabranjuje provođenje eksperimenata bez slobodnog pristanka osobe koja se podvrgava eksperimentu.¹³⁵ Smatramo kako je zabrana eksperimentiranja bez informiranog pristanka dio korpusa međunarodnog običajnog prava, a svoj prodor u međunarodno pravo započela je upravo u Nürnbergu. Daljnji je razvoj međunarodnog prava samo potvrdio zabranu nedobrovoljnog istraživanja. Odredbe Bioetičke konvencije i Deklaracije o bioetici i ljudskim pravima trebalo bi shvatiti kao minimalne standarde za provođenje istraživanja nad ljudima. S druge strane moramo biti svjesni da apsolutna zabrana istraživanja nad osobama koje nisu sposobne same dati pristanak može voditi do nepravednog isključivanja tih osoba iz istraživanja koje im mogu donijeti korist, a na koje one nemaju primjedbu.

Kao primjer vjernosti Kodeksu navodimo i Republiku Hrvatsku, koja se uzorno držala Nürnberških pravila u novom Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama propisavši da zakonski zastupnik ne može dati pristanak na istraživanje koje bi se provodilo nad osobom s duševnim

¹³¹ Meier 2002, 530.

¹³² Upravo Ženevska deklaracija pruža odgovor na pitanje kako riješiti koliziju interesa pacijenta i interesa društva i znanosti: „[n]ajvažnija će mi briga biti zdravlje i život mojega pacijenta.“ Također, Kodeks medicinske etike i deontologije u svom čl. 6 regulirajući biomedicinska istraživanja navodi kako „dobrobit pojedinca ima prednost pred interesima znanosti i društva.“

¹³³ Meier 2002, 531. Sewering je dao ostavku tek pošto je Američko liječničko udruženje predočilo dokumente koji su ukazivali na njegovu osobnu umješanost u nacističkom programu eutanazije osoba s duševnim smetnjama

¹³⁴ Donesena je u okviru Vijeća Europe te su sve njene obveznice ujedno i države članice ove regionalne međunarodne organizacije. Međutim, kako smo pokazali, nije u potpunosti prihvaćena niti među članicama Vijeća Europe.

¹³⁵ V. čl. 15 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2515 U.N.T.S. 3.

smetnjama. Osoba može sama odlučiti sudjelovati u istraživanju, ako je sposobna donijeti takvu odluku. U suprotnom, istraživanje se ne može provesti.¹³⁶ Hrvatska se tim propisima svrstala uz bok država kao što su Njemačka i Austrija koje kritiziraju Bioetičku konvenciju koja takva istraživanja omogućuje.

5. EKSPERIMENTI NAD LJUDIMA NAKON DRUGOG SVJETSKOG RATA – ZABORAV NÜRNBERŠKOG NASLIJEĐA

5.1 Tradicionalni kontekst – Masovni eksperimenti provedeni od strane države

Nakon Medicinskog suđenja po završetku Drugog Svjetskog rata pa sve do nedavno, ukoliko je pravosuđe i šutjelo na nedopušteno eksperimentiranje na ljudima, nije bilo zatišja u provođenju samih nedopuštenih eksperimenata. Ovoga puta eksperimentima nisu podvrgnuti ljudi *nevrijedni življenja* kao u nacističkim koncentracijskim logorima, već oni, prema vrijednosnoj ljestvici sustava koji ih je podvrgnuo takvim često smrtonosnim eksperimentima, *manje vrijedni življenja*. Eksperimenti koje ćemo obraditi ukazuju na apsolutnu neprihvatljivost rješavanja kolizije između prava pojedinca i općeg interesa davanjem prevage interesima znanosti i društva u cjelini. Provođenje medicinskih istraživanja nužno je za razvitak znanosti i povećanja korpusa ljudskog znanja, ali je prihvatljivo samo ako je zajamčena zaštita ljudskih prava onih koji se stavljaju u službu znanosti. Ljudi ne smiju biti svedeni na puke objekte i instrumente za napredak znanosti, jer „u demokratskim društvima ljudi ne žive za dobrobit društva ili znanosti, nego imaju svoje vlastite svrhe, što uvelike nadilazi

¹³⁶ Tako čl. 19 Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama predviđa da se „[b]iomedicinsko istraživanje može [se] primijeniti prema osobi s duševnim smetnjama ako: 1. je Povjerenstvo za zaštitu osoba s duševnim smetnjama (u daljnjem tekstu: Povjerenstvo) odobrilo projekt biomedicinskog istraživanja nakon preispitivanja znanstvenog značaja, važnosti cilja i etičnosti istraživanja 2. je etičko povjerenstvo dalo pozitivno mišljenje o etičkoj prihvatljivosti uključivanja osobe s duševnim smetnjama u istraživanje 3. je osoba s duševnim smetnjama na precizan i razumljiv način, usmeno i pisano upoznata o važnosti istraživanja, te njegovoj svrsi, prirodi, posljedicama, koristima i rizicima 4. je osoba s duševnim smetnjama dala pisani pristanak koji može opozvati u svakom trenutku i ako je sposobnost za davanje pristanka na biomedicinska istraživanja utvrdio još jedan psihijatar izvan zaposlenika psihijatrijske ustanove koja ih provodi, a kojeg je odredilo Povjerenstvo 5. se opravdano očekuje da će rezultati istraživanja biti korisni za zdravlje te osobe i bez štetnih popratnih posljedica, o čemu mišljenje daje odjelni liječnik“ dok čl. 20 st. 2 istog Zakona propisuje kako „[p]ristanak na posebni medicinski postupak i biomedicinsko istraživanje umjesto osobe s duševnim smetnjama ne mogu dati zakonski zastupnik niti osoba od povjerenja.“ Navedeno je u suglasnosti sa člankom 15. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom.

*granice društvenih i znanstvenih interesa [...] znanost je napravljena da služi ljudima, a ne da ljudi služe znanost.*¹³⁷

Slično je i Pence, dajući osvrt na najtamnije stranice u povijesti medicine, utvrdio da „*ljudi ne postoje da bi služili medicinskoj znanosti. Ljudska bića – svih rasa, bogati ili siromašni, zdravi ili bolesni, obrazovani ili neobrazovani – imaju pravo kontrolirati svoja tijela i svoje liječenje bez rizika da će im istraživači nanijeti štetu [...] sustavnim obmanjivanjem i neliječenjem ovi istraživači doveli su svoje subjekte u opasnost od nastanka štete, lišavajući ih time njihovih prava.*“¹³⁸ Pence je bio ponukan ovu izjavu dati opisujući *Tuskegee* eksperimente, provedene u Alabami između 1931. i 1972. nad više stotina osoba oboljelih od sifilisa, isključivo Afroamerikanaca.¹³⁹ Naime, u ovom eksperimentu provedenom u tzv. prirodnim uvjetima, odnosno neliječenjem pacijenata, osobe oboljele od sifilisa nisu primale nikakvu terapiju za svoju bolest, čak niti nakon otkrića penicilina kao učinkovite terapije protiv sifilisa, niti su obaviještene da su zaraženi. Većina pacijenata je ujedno imala i bračne partnere, a upravo je ta uskrata informacija, uz neliječenje, dovela i do daljnjeg širenja bolesti. Otkriće ovog eksperimenta, dovelo je do promjene regulacije istraživanja u SAD-u koja je uslijedila 1972. godine „*zahtijevajući da sve institucije koje provode medicinske eksperimente nad ljudima i primaju sredstva iz federalnih fondova, imaju odbore za institucionalni nadzor*“.¹⁴⁰ Ti su eksperimenti doveli u konačnici i do javne isprike preživjelima od strane predsjednika *Clintona* 1997. godine.¹⁴¹ Ovdje moramo napomenuti da javno razotkrivanje *Tuskegee* eksperimenta koje je nastalo *post festum* samog istraživanja, ili na samom njegovom kraju, nije bilo jedino takvo razotkrivanje u SAD-u.

Primjerice, godine 1994, otkriveno je da je preko 16.000 američkih pacijenata podvrgnuto eksperimentima s radijacijom od strane brojnih liječnika i istraživača od Drugog svjetskog rata do sredine sedamdesetih

¹³⁷ *Andorno* 2010, 133. Prema Andornu, princip primata ljudskog bića nad znanostu i društvom je direktna posljedica zahtjeva za poštivanjem ljudskog dostojanstva, stoga je i davanje prevage interesu znanosti nad temeljnim ljudskim pravima pojedinca negacija njegovog ljudskog dostojanstva. *Ibid.*

¹³⁸ *Pence* 2007, 498.

¹³⁹ *V. Brandt* 1978, 21 *et seq.*

¹⁴⁰ *Pence* 2007, 498.

¹⁴¹ The White House, Office of the Press Secretary, May 16, 1997, Remarks by the President in apology for study done in Tuskegee. Tekst isprike predsjednika *Clintona* dostupan je na web stranici: <http://www.cdc.gov/tuskegee/clintonp.htm> [14.5.2015.]. Federalna vlada je isplatila više od 10 milijuna dolara subjektima istraživanja i njihovim nasljednicima.

godina.¹⁴² Kako *Pence* navodi, barem 435 eksperimenata vršilo je samo Ministarstvo energetike ili njegovi prednici u 21 američkoj saveznoj državi.¹⁴³ Kao i kod prethodnog *Tuskegee* eksperimenta posebno oformljen predsjednikov Odbor o eksperimentima nad ljudima s radijacijom 1995. godine zaključio je da bi se vlada morala ispričati i isplatiti naknade štete osobama koje su možda bile povrijeđene u tim eksperimentima.¹⁴⁴ Godine 2010. javno je objavljeno o još jednom medicinskom eksperimentu – Sjedinjene Američke Države, putem, između ostalog, Nacionalnih Instituta za zdravlje (*US. National Institutes of Health*) provele su medicinske eksperimente u Gvatemali 1940-ih godina, u kojoj su liječnici zarazili vojnike, zatvorenike i osobe s duševnim smetnjama sifilisom i drugim spolno prenosivim bolestima kako bi ispitali učinkovitost penicilina u liječenju tih bolesti.

Eksperimenti, u kojima je sudjelovao i liječnik koji je pomogao voditi i *Tuskegee* eksperiment u Alabami, obuhvaćali su oko 1.500 muškaraca i žena koji su bez svog pristanka sudjelovali u istom. Ispitivanja su provedena između 1946. i 1948. godine, a ispitanici su namjerno bili zaraženi sifilisom i to putem prostitutki od koje su neke također bile namjerno zaražene. "*Iako su se ti događaji dogodili prije više od 64 godine, ogorčeni smo da se takvo osude vrijedno istraživanje moglo dogoditi pod krinkom javnog zdravstva*", izrekao je još jedan predstavnik Američke vlade, ovoga puta državna tajnica *Hillary Rodham Clinton* 2010. godine, ispričavajući se žrtvama: „*Duboko žalimo što se to dogodilo i ispričavamo se svim pojedincima koji su bili pogođeni takvom odvratnom istraživačkom praksom*“.¹⁴⁵

Također, prema navodima *Pencea*, a koji citira ostale izvore,¹⁴⁶ u operaciji “Pustinjska oluja” 1991 godine, vojno osoblje primilo je eksperimentalno cjepivo protiv biološkog oružja, a koje nisu bili ni u mogućnosti odbiti u ratnim uvjetima. Primanje tog cjepiva je navodno dovelo do mnogih oboljenja. *Pence* ispravno zaključuje da u svim tim događajima čini se kako

¹⁴² *Pence* 2007, 502.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ V. Final Report, Advisory Committee on Human Radiation Experiments, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1995, dostupno na: http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/27/031/27031227.pdf [6.5.2015.].

¹⁴⁵ V. novinske članke: *U.S. infected Guatemalans for STD tests*, Washington Post, 2. 10. 2010., dostupno na: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/10/01/AR2010100107299.html> [6.5.2015.]; *Guatemalan STD medical experiments were just one crime in a long history of medical-government collusion to use humans as guinea pigs*, Natural News, 2. 10. 2010., dostupno na: http://www.naturalnews.com/029924_medical_experiments_Guatemala.html [6.5.2015.].

¹⁴⁶ *Pence* 2007, 503.

se stalno ponavlja isti obrazac, “*liječnici i znanstvenici koji rade za vojsku ili vladu namjerno, u ime nekog nejasnog višeg dobra, nanose štetu ranjivim osobama koje nemaju načina to izbjeći*”.¹⁴⁷

Nadalje, 1997. godine došlo je do, opet *post festum*, objave kako “*američka istraživanja u Africi na proučavanju AZT-a (zidovudina), u kojima je trudnim ženama zaraženim HIV-om, davan placebo, nalik na Tuskegee eksperiment, zato sto su liječnici istraživači dopuštali da mnoga djeca pod njihovom negom budu rođena zaražena HIV-om – što se moglo spriječiti*”.¹⁴⁸ Ta je objava nastala kao posljedica studije objavljene 1994. godine, koja je financirana iz federalnih fondova, a koja je dokazala da davanje lijeka AZT tijekom trudnoće za dvije trećine smanjuje rizik od prenošenja HIV-a s majke na dijete. Naime, prema *Angell*, iz ovog istraživanja može se zaključiti sljedeće: “*Novofinacirana istraživanja u afričkim zemljama obavljana su na subjektima koji su bili: (1) crnci, (2) žene, (3) siromašni, (4) većinom nepismeni, (5) žrtve bolesti koje se prenose spolnim putem (6) bez drugih dostupnih sredstava za liječenje. U oba slučaja istraživanja su vodile važne, ali daleke vladine agencije [...]*”.¹⁴⁹

Iako je istraživanje poduzeto na teritoriju izvan SAD-a, kao i iz *Tuskegee* eksperimenta, vidljivo je da su subjekti istraživanja bili mahom niže obrazovane osobe, lošijeg imovinskog stanja. Takvo je istraživanje još dodatno bilo kontroverzno, jer je dovelo u središte pitanje primjene dvostrukih standarda.¹⁵⁰ Naime, “*ako je neetično da se proučavanja u kojima kontrolna grupa prima placebo izvode u Americi, trebalo bi biti i neetično da se ista izvode u državama Trećeg svijeta*”.¹⁵¹ *Tuskegee* istraživanje nije okončano, već je naprosto izvezeno u inozemstvo.¹⁵²

Gotovo četiri desetljeća nakon što je Vrhovni sud SAD-a, oglasivši se nenadležnim, odbio zahtjev za izdavanje *writ of habeas corpus* i *writ of prohibition* – posljednjih pravnih sredstava na raspolaganju nacističkim liječnicima osuđenima u nürnberškom procesu,¹⁵³ Nürnberški kodeks našao je svoje mjesto i u judikaturi Vrhovnog suda SAD-a. Predmet *Stanley* ticao

¹⁴⁷ *Ibid.*, 504.

¹⁴⁸ *Ibid.* (citirajući *Angell, M., Tuskegee Revisited*, Wall Street Journal, 28.10.1997.).

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ V. više u *Macklin* 2004.

¹⁵¹ *Pence* 2007, 504 (citirajući *Macklin, R., Ethics and International Collaborative Research, Part I*, American Society for Bioethics and Humanities Exchange, Vol. 1, No. 2, 1). Odnosno, uopćeno, „*ako je neetično provoditi određenu vrstu istraživanja u razvijenoj zemlji, neetično je provoditi to isto istraživanje u zemlji u razvoju.*“ V. *Macklin* 2004, 45.

¹⁵² *Pence* 2007, 504 (citirajući *Goodman, E., Is Tuskegee Study Ok Abroad?*, *The Boston Globe* od 25. 7. 1997.). Ovo je istraživanje prekinuto tek 1998.godine.

¹⁵³ *Brandt v. United States*, 333 U.S. 836 (1948). V. Order of the United States Supreme Court denying writ of habeas corpus, *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 330.

se narednika američke vojske, *James Stanleyja*, koji je bez pristanka bio podvrgnut ispitivanju učinaka psihodelične droge LSD.¹⁵⁴ *Stanley* se 1958. godine dobrovoljno prijavio za sudjelovanje u programu čija je navodna svrha bilo ispitivanje učinkovitosti zaštitne odjeće i opreme s ciljem korištenja iste u slučajevima kemijskog ratovanja. Međutim, prava je svrha programa, sukladno vojnom planu, bilo testiranje učinaka psihodelične droge na ljude – u Vojnom laboratoriju za kemijsko ratovanje, četiri su mu puta u mjesec dana u organizam potajno unesene doze lisergične dietilamidne kiseline (LSD).¹⁵⁵ Temeljem *The Federal Tort Claims Act*¹⁵⁶ podnio je tužbu protiv Savezne Vlade zbog nemara u provođenju programa testiranja droge, nadzora testiranja, te naknadnog praćenja, kasnije je dopunivši i navodima protiv nepoznatih saveznih dužnosnika zbog kršenja njegovih ustavnih prava.¹⁵⁷ Ostajući pri *Feresovoj* doktrini, prema kojoj SAD ne može biti smatran odgovornim za ozljede koje pretrpe pripadnici oružanih snaga na dužnosti,¹⁵⁸ Sud je odbio pružiti pravnu zaštitu naredniku *Stanleyju*. Međutim, valja naglasiti kako zaključak suda nije bio taj da je eksperimentiranje bez pristanka dozvoljeno po američkom ili međunarodnom pravu, već je naprosto potvrđena ispravnost stajališta nižestupanjskog suda o neodgovornosti države za ozljede nanesene aktivnim vojnim službenicima.

Ipak, u izdvojenim mišljenjima sudaca *Brennan* i *O'Connor*, stajalište o eksperimentiranju bez pristanka kao nedopuštenom činu našlo je svoju afirmaciju. U izdvojenom je mišljenju sudac *Brennan*, izričito se pozivajući na Nürnberški Kodeks, prije problematiziranja iznesenih pravnih pitanja našao nužnim staviti postupke američke savezne vlade u povijesni kontekst – i to upravo onaj nacističkih zvjerstava.¹⁵⁹ Izričito je naglasio kako je upravo nürnberško „*medicinsko suđenje*“ u kolektivnu svijest ukorijenilo shvaćanje kako je eksperimentiranje sa subjektima koji nisu svjesni da su podvrgnuti istima moralno i pravno neprihvatljivo.¹⁶⁰ Stavljanje

¹⁵⁴ *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987).

¹⁵⁵ *Ibid.*, 671. Zbog izlaganja LSD-u, *Stanley* je patio od halucinacija i periodičnih gubitaka sjećanja, uslijed čega je znatno oslabila i njegova sposobnost obavljanja vojnih obveza. Otpušten je iz vojske 1969., a godinu dana kasnije se i razveo zbog promjena osobnosti uzrokovanih LSD-om; povremeno bi se „*noću budio iz sna, te bez razloga premlaćivao svoju suprugu i djecu, kasnije se ne mogavši sjetiti cijelog incidenta*“ (citat unutar presude preuzet iz dokaznog materijala, *op. a.*)“ Tek je 1975. obaviješten od strane Vlade da je provedeno istraživanje o dugoročnom učinku LSD-a i da je on bio jedan od ispitanika.

¹⁵⁶ *The Federal Tort Claims Act* (28 U.S.C. § 2671 *et seq.*).

¹⁵⁷ *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 672.

¹⁵⁸ *Feres v. United States*, 340 U.S. 135 (1950), 146.

¹⁵⁹ Izdvojeno mišljenje suca *Brennana*, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687.

¹⁶⁰ *Ibid.*

eksperimenta nad pripadnicima oružanih snaga od strane same vlade u kontekst brutalnosti nacističkih eksperimenata mogla bi se učiniti neprimjerenom. Međutim, evocirajući temeljno pravilo Nürnberškog kodeksa da je pristanak subjekta ispitivanja apsolutno esencijalan,¹⁶¹ primijećeno je kako je upravo „*Vojni tribunal Sjedinjenih Američkih Država razvio Nürnberški Kodeks kao standard prema kojem će se prosuđivati djela nacističkih liječnika*“¹⁶² te kako „*niti jedno sudački kreirano pravilo ne može osloboditi od odgovornosti za provođenje nedobrovoljnog ili neinformiranog medicinskog eksperimenta*“.¹⁶³ Jasno je izraženo stajalište kako tvorac pravila – američka vlada, odnosno njezina vojska, ne mogu biti izuzeti od njegove primjene. Ovdje se pokazuje istinitom Bassiounijeva misao kako „*[h]uman experimentation authorized by the state dramatizes the notion that the state is free to treat its nationals in the manner it chooses because it perceives itself as the source of all rights, and therefore as beyond the reach of law, rather than regarding rights as inalienable, that is, not subject to arbitrary cancellation by the State*“.¹⁶⁴

5.2 Moderni kontekst: Predmet *Pfizer* i farmaceutske kompanije kao novi akteri

Danas se može smatrati da su načela iz Nürnberškog Kodeksa dio međunarodnog običajnog prava, a upravo je sud u predmetu *Pfizer*, kako ćemo pokazati, veći dio ispitivanja odgovornosti *Pfizer*a posvetio ovome pitanju. I dok je u predmetu *Stanley* Nürnberški kodeks našao mjesto tek u izdvojenim mišljenjima, u predmetu *Pfizer* doživio je svoju punu afirmaciju. Potonji predmet zorno ukazuje na novog aktera koji stupa na scenu u desetljećima nakon Drugog svjetskog rata – farmaceutske multinacionalne kompanije. Nedopušteni eksperimenti više se u pravilu ne vrše od strane država, već farmaceutskih kuća. Ipak, kao što predmet *Pfizer* ukazuje, i ovdje je nedopušteno eksperimentiranje gotovo nemoguće bez potpore od strane države. Upravo će povezanost farmaceutskih društava s organima vlasti biti odlučujuća za kvalifikaciju eksperimentiranja kao zločina protiv čovječnosti. U predmetu *Pfizer* jasno je izraženo stajalište kako je eksperimentiranje bez pristanka subjekta protivno međunarodnom

¹⁶¹ Izdvojeno mišljenje suca Brennana, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687; Izdvojeno mišljenje sutkinje O'Connor, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 710.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Izdvojeno mišljenje sutkinje O'Connor, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 709-710.

¹⁶⁴ *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1607. Navedeni citat našao je svoje mjesto i u predmetu *Stanely*. V. Izdvojeno mišljenje suca Brennana, *United States v. Stanley*, 483 U.S.669 (1987), 687.

običajnom pravu – zabrana eksperimentiranja “prihvaćena je gotovo beziznimno od strane država diljem svijeta”.¹⁶⁵ Također je utvrđeno da je prodor običajnopravne zabrane vršenja eksperimenata nad subjektima koji nisu dali pristanak počeo upravo u Nürnbergu: “Evolucija zabrane u normu međunarodnog običajnog prava počela je s ratnim suđenjima u Nürnbergu. SAD, Sovjetski Savez, Ujedinjeno Kraljevstvo i Francuska, postupajući u interesu Ujedinjenih naroda, osnovali su Međunarodni kazneni sud kroz potpisivanje Londonskog Sporazuma 8. 8.1945.”¹⁶⁶ Nadalje, ako su ispunjenje i ostale pretpostavke, podvrgavanje ljudi nekonsenzualnim eksperimentima, prema našem mišljenju, može voditi i do klasifikacije takvog ponašanja kao zločina protiv čovječnosti. Ovaj predmet zorno ukazuje na neuralgične točke u sustavu regulacije i provođenja istraživanja, pozivajući na pojačanu kontrolu kako bi se istraživanja odvijala sukladno pravilima struke i slijedila zakonsku regulativu.

U nastavku iznosimo činjenično stanje predmeta kako je izneseno u presudi žalbenog suda.¹⁶⁷ Godine 1996, Pfizer je proveo istraživanje lijekova u Kano regiji u Nigeriji za vrijeme epidemije bakterijskog meningitisa gdje testirao eksperimentalni lijek – antibiotik Trovan – na 200 djece. Nekoliko skupina tužitelja je u SAD-u na temelju *The Alien Tort Claims Act*¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 177.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 169-170. V. detaljnije o činjeničnom stanju slučaja na stranicama *Business & Human Rights Resource Centre*, dostupno na: <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.5.2015.]. Na navedenoj stranici dostupne su poveznice na presude u predmetu Pfizer, podnesci stranaka, priopćenja za javnost, kao i niz članaka glede ovoga predmeta.

¹⁶⁸ *The Alien Tort Claims Act* (28 U.S.C. § 1350) (dalje: ATCA). Citirani odjeljak *United States Code* glasi: „*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*“ Za historijat ovih postupaka vođenih temeljem ATCA, koje je žalbeni sud konsolidirao te donio jedinstvenu odluku, v. odluku povodom žalbi *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 170-172. Kako je navedeno u ovome predmetu, Vrhovni sud SAD-a prvi je put sveobuhvatno pristupio tumačenju ATCA u predmetu *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), utvrdivši da je ovaj zakon „usvojen da bi se ustanovila nadležnost u pogledu 'relativno skromnog dijela tužbi za navodna kršenja međunarodnog prava [...] Vrhovni sud potvrdio je da federalni sudovi zadržavaju ograničenu ovlast za 'primjenu međunarodnog prava na privatne odnose' prepoznajući 'usku skupinu međunarodnih pravila' koja će biti primjenjiva od strane sudova [...] Upozorio je, međutim, da sudovi moraju koristiti tu ovlast sa zadržkom i da 'razumijevanje da su vrata (utuživim štetnim radnjama) još uvijek tek odškrinuta i pod prismotrom budnom vrataru' koji dopušta samo one zahtjeve koji 'se temelje na normi međunarodnog karaktera prihvaćenoj od civilizarnog svijeta i definiranoj sa specifično usporedivim okolnostima paradigmi 18. stoljeća koje je Vrhovni sud priznao.' Te paradigme iz 18. stoljeća sastoje se od povreda

podnijelo tužbe protiv *Pfizera*, tvrdili da je ova vodeća svjetska farmaceutska korporacija, prekršila međunarodno običajno pravo davanjem *Trovan*-a djeci, pacijentima Zarazne bolnice u Kanu, bez pribavljanja informiranog pristanka. *Pfizer* je, s ciljem ishoda odobrenja američke Agencije za hranu i lijekove (*U.S. Foods and Drug Administration*, dalje: FDA) za registriranje ovog antibiotika kao lijeka koji se može davati i djeci, proveo istraživanje u Nigeriji na način da je poslao svoja tri liječnika da rade zajedno s Nigerijskim liječnicima na ovom istraživanju. Tužitelji su u tužbi naveli da je *Pfizer* radio u dogovoru s nigerijskim državnim službenicima kako bi istraživanje bilo omogućeno. Polovica djece je primala *Trovan*, a druga polovica *Cetriaxone*, već odobreni lijek u Sjedinjenim Američkim Državama. Tužitelji su tvrdili da su već preliminarna testiranja na životinjama pokazala kako *Trovan* ima ozbiljne, po život opasne, nuspojave i da nije nikad prije bio testiran u ovoj formi na djeci. Nadalje, prema tvrdnjama tužitelja, *Pfizer* je namjerno dao djeci koja su bila u kontrolnoj skupini niske doze *Cetriaxona*, kako bi rezultati po učinkovitosti bili što povoljniji za *Trovan*. Nakon otprilike 2 tjedna provođenja istraživanja, *Pfizer* je završio istraživanje te napustio Zaraznu bolnicu u Kanu bez ikakve daljnje procedure nadzora. Prema riječima tužitelja, istraživanje je dovelo do smrti jedanaestero djece, i to petero djece koje su primala *Trovan* i šestero djece koja su primila smanjenu dozu *Ceftriaxona*, dok su mnoga druga ostala slijepa, gluha, paralizirana ili s posljedicom oštećenja mozga. Dodatno, prema riječima tužitelja, *Pfizer* je, u dogovoru s nigerijskom vladom, propustio ne samo pribaviti informirani pristanak bilo djece, bilo njihovih zastupnika, nego je osim toga, propustio obavijestiti ih da se ne radi o standardnom liječenju, već o davanju eksperimentalnog lijeka. Ujedno moguće posljedice uzimanja tog lijeka, kao i uzimanja niže doze *Ceftriaxona* nisu bile predložene niti djeci niti njihovim zastupnicima, niti im je ponuđen alternativni tretman liječenja bakterijskog meningitisa. Isti je bio dostupan čak i na istom mjestu jer su Liječnici bez granica pružali učinkovit, siguran i konvencionalan način liječenja bakterijskog meningitisa. Tužitelji su tvrdili da je *Pfizer*, postupajući kako je gore opisano, namjerno kršio protokol istraživanja kako bi ubrzao odobrenje *Trovana* od strane FDA. *Pfizer* je s druge strane, kako je to vidljivo iz predmeta, tvrdio da je dobio odobrenje od strane nigerijske vlade, te od strane etičkog odbora Zarazne bolnice u Kanu. No, odobrenje je navodno antedatirano jer u vrijeme kad su se vršila istraživanja, Zarazna bolnica nije

protiv veleposlanika, povrede protiv prava na siguran prolaz i pojedinačne radnje koje proizlaze iz piratstva.“ Citirano prema *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 173.

ni imala uspostavljen etički odbor. Nadalje, 1998 godine, FDA je odobrila *Trovan* samo za liječenje punoljetnih pacijenata, no nakon izvještaja o zatajenjima jetre kao nuspojavi kod nekih od pacijenata koji su primali *Trovan*, dozvoljena uporaba lijeka ograničena je na hitne slučajeve. Europska Unija je 1999. godine zabranila korištenje *Trovana* kao lijeka. Godine 2009. Žalbeni je sud ukinuo prvostupanjske presude, oglasio se nadležnim za postupanje u predmetu utvrdivši da je istraživanje nad ljudima bez pristanka zabranjeno međunarodnim pravom, te vratio predmet na ponovno odlučivanje prvostupanjskom sudu.¹⁶⁹ Protiv ove odluke *Pfizer* podnosi Vrhovnom sudu SAD-a zahtjev za izdavanje *writ of certiorari*, koji Vrhovni sud odbija.¹⁷⁰ Konačno, 23. veljače 2011. stranke su objavile da su postigle nagodbu u ovoj parnici.¹⁷¹

U svibnju 2007. godine, pokrajina Kano pokrenula je kazneni postupak te tužbu za naknadu štete protiv *Pfizera* tražeći isplatu preko 2 milijarde dolara. Dogovori oko nagodbe u tijeku su od 2007. godine. Za to je vrijeme i sudski postupak mirovao. Poseban je postupak pokrenula i Vlada Nigerije protiv *Pfizera* u lipnju 2007. godine, tražeći 7 milijardi s naslova naknade štete zbog smrti djece podvrgnutih istraživanju. *Pfizer* se uspio nagoditi i s Vladom Nigerije i s pokrajinom Kano. *Pfizer* i Kano su postigli nagodbu na način da je *Pfizer* dužan isplatiti \$75 milijuna i to: \$35 milijuna za isplatu naknada štete žrtvama, odnosno subjektima istraživanja; \$30 milijuna projektima za zaštitu zdravlja u Kanou te \$10 milijuna za sudske troškove Kano-a.¹⁷² Osim što je Nigerija kao suverena država omogućila *Pfizeru* provođenje ovog kriminalnog eksperimentiranja, te sudjelovala u zataškavanju istoga, ima naznaka da je nigerijsko tužiteljstvo odustalo od kaznenog progona *Pfizera* zbog pritiska i ucjena Glavnog državnog

¹⁶⁹ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 191.

¹⁷⁰ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), cert. denied, 130 S. Ct. 3541 (2010)

¹⁷¹ Uvjeti nagodbe su povjerljivi, stoga nismo u mogućnosti ispitati njezin sadržaj. Međutim, prema dostupnim informacijama, odnosno zajedničkoj izjavi koja je objavljena 22. veljače 2011., utvrđeno je kako će tužitelji biti isplaćeni preko posebnog fonda (tzv. *Healthcare/Meningitis Trust Fund*) oformljenog od strane neovisnog tijela u Kanuu u Nigeriji. Vidjeti detaljnije na: <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.5.2015.].

¹⁷² Prva isplate izvršene su u kolovozu 2011. godine, i to obiteljima četvero djece koja su umrla uslijed istraživanja. U studenom 2011. godine, 186 žrtava je pokrenulo novu parnicu pred Federalnim visokim sudom u Kanou, navodeći da je *Pfizer* prekršio nagodbu iz 2009. godine ograničavajući isplate. Žrtve su konačno isplaćene krajem 2014. godine. Navedene informacije su dostupne na <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.05.2015.].

odvjetnika Nigerije.¹⁷³ Ovo dokazuje da osim znatno fleksibilnije regulacije istraživanja koja čini zemlje u razvoju atraktivnima za farmaceutske kompanije, u državama pripadnosti kojih vrijede znatno stroža pravila za provođenje eksperimenata i općenito viši standard zaštite ljudskih prava, dodatni moment je taj što se iste mogu pouzdati da u slučaju kršenja, pa i takvog koje će rezultirati fatalnim posljedicama, neće biti sankcionirane. Izravno se referirajući na presudu u predmetu *Brandt*, američki je sud potvrdio stajalište o moralnoj i pravnoj neprihvatljivosti nekonsenzualnog eksperimentiranja na ljudima¹⁷⁴ te mogućnosti da eksperimenti bez pristanka budu tretirani zločinima protiv čovječnosti. Iako se ovdje nije radilo o kaznenom postupku, predmet je značajan zbog utvrđivanja običajnopravne zabrane nekonsenzualnog eksperimentiranja na ljudima.¹⁷⁵ Kako je već rečeno, temeljem ATCA dopušteni su samo oni zahtjevi koji se temelje na normi međunarodnog karaktera prihvaćenoj od strane civiliziranih naroda. Nadalje, predmet je, evocirajući suđenje nacističkim liječnicima, repositionirao eksperimente bez pristanka subjekta u kontekst međunarodnih zločina te aktualizirao pitanje kada se ovakvi zločini mogu smatrati zločinima protiv čovječnosti. Ostaje otvorenim pitanje postojanja državnog plana ili politike kao elementa zločina protiv čovječnosti, osobito je li dostatno stavljanje velikog broja svojih državljana na raspolaganje jednom trgovačkom društvu radi provođenja fatalnih eksperimenata testiranjem lijeka čija je smrtonosnost bila barem vrlo vjerojatna, ako ne i izgledna (dok na istom mjestu Liječnici bez granica provode liječenje sigurnim, učinkovitim i od strane FDA odobrenim lijekom), zataškavanje takvih kriminalnim eksperimenata te ostatak „udruženog rada“ *Pfizera* i Nigerije za utvrđivanje ovog elementa zločina protiv čovječnosti.¹⁷⁶ Štoviše,

¹⁷³ V. novinski članak *Secret Cable Discusses Pfizer's Actions in Nigeria Case*, New York Times, 10. 12. 2010., dostupno na:

http://www.nytimes.com/2010/12/11/business/11pfizer.html?_r=0 [12.5.2015.].

¹⁷⁴ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 179. Sud se ovdje pozvao upravo na već citirano mišljenje izdvojena misljenja suca *Brennana* u *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687.

¹⁷⁵ Žalbeni se sud upustio u neobičajeno detaljnu razradu ovog problema. V. *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 174-184.

¹⁷⁶ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 188-189: „*The Appellants have alleged that the Nigerian government was involved in all stages of the Kano test and participated in the conduct that violated international law. They allege that the Nigerian government provided a letter of request to the FDA to authorize the export of Trovan, arranged for Pfizer's accommodations in Kano, and facilitated the nonconsensual testing in Nigeria's Infectious Disease Hospital ("IDH") in Kano. Despite overcrowding due to concurrent epidemics, the Nigerian government extended the exclusive use of two hospital wards to Pfizer, providing Pfizer with control over scarce public resources and the use of the hospital's staff and facilities to conduct the Kano test, to the exclusion of MSF. This*

dovodi se u pitanje i je li državni plan ili politika uopće konstitutivni element zločina protiv čovječnosti.¹⁷⁷ Negativan bi odgovor učinio razmatranje postojanja istog u slučaju kriminalnog eksperimentiranja od strane *Pfizera* izlišnim.

unlawful conduct is alleged to have occurred in a Nigerian facility with the assistance of the Nigerian government and government officials and/or employees from the IDH and Aminu Kano Teaching Hospital. [...] Finally, in addition to assisting with the Kano test, Nigerian officials are alleged to have conspired to cover up the violations by silencing Nigerian physicians critical of the test and by back-dating an 'approval letter' that the FDA and international protocol required to be provided prior to conducting the medical experiment. In addition to these allegations, the Adamu plaintiffs explicitly allege that the Nigerian government 'was intimately involved and contributed, aided, assisted and facilitated Pfizer's efforts to conduct the Trovan test,' 'acted in concert with Pfizer,' and, according to a Nigerian physician involved in the Trovan experimentation, appeared to 'back[]' the testing. At the pleading stage, these contentions meet the state action test because they adequately allege that the violations occurred as the result of concerted action between Pfizer and the Nigerian government."

¹⁷⁷ Tako je npr. Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Kunarac* utvrdilo kako „*neither the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of 'policy' or 'plan'. There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. As indicated above, proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. [...] Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime.*“ Presuda žalbenog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-A, 12. VI. 2002., para. 98. Za snažnu kritiku ovog stajališta, v. *Schabas* 2008, osobito 958-965. Kritički također i *Bassiouni* 2011, 25-28, 41. S druge strane, u predmetu *Blaškić* raspravno je vijeće istoga suda nekoliko godina ranije zauzeo stajalište prema kojem je postojanje plana ili politike jedan od konstitutivnih elemenata zločina protiv čovječnosti. V. presudu raspravnog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, 3. III. 2000., paras. 203-205. Ipak, žalbeno se vijeće u ovom predmetu, utvrdivši kako je nejasno smatra li raspravno vijeće postojanje plana elementom ovog zločina, priklonilo stajalištu zauzetom u predmetu *Kunarac* i zaključilo kako „*a plan or policy is not a legal element of a crime against humanity, though it may be evidentially relevant in proving that an attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic.*“ V. presudu žalbenog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, 29. VII. 2004, para. 120. Prema Rimskom Statutum „*državna politike ili politika neke organizacije*“ konstitutivni je element zločina protiv čovječnosti (čl. 7(2)(a)).

6. OD NÜRNBERGA PREKO RIMA DO UNIVERZALNE KODIFIKACIJE ZLOČINA PROTIV ČOVJEČNOSTI

Prije rađanja *ad-hoc* međunarodnih kaznenih tribunala i razvoja međunarodnog kaznenog prava devedestih godina prošlog stoljeća potaknutog kršenjima međunarodnog humanitarnog prava intenziteta neviđenog od Drugog Svjetskog rata, smatralo se da „*eksperimentiranje na ljudima počinjeno protiv ratnih zarobljenika i civila pod vojnom okupacijom konstituira ratne zločine, dok se takvi eksperimenti nad svojim vlastitim stanovništvom smatraju zločinima protiv čovječnosti pod uvjetom da su izvršeni u kontekstu rata*“.¹⁷⁸ Konstatacija da eksperimenti moraju biti izvršeni u kontekstu rata da bi bili kvalificirani zločinima protiv čovječnosti zaslužuje pažnju. Ovo je pitanje osobito značajno jer se danas masovni nedozvoljeni eksperimenti vrše primarno u stanju mira, pa je potrebno ispitati može li zločin protiv čovječnosti biti i „*mirnodopski zločin*“.

Za razliku od Statuta Međunarodnog vojnog suda, Zakon broj 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku nije zahtijevao *nexus* zločina protiv čovječnosti i stanja oružanog sukoba.¹⁷⁹ Zanimljivo, pola stoljeća kasnije upravo je Zakon broj 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku bio jedan od akata na koji se pozivao krug država u Pripremnoj komisiji za izradu Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda zagovarajući tezu kako veza zločina protiv čovječnosti i ratnog stanja ne odražava postojeće međunarodno pravo.¹⁸⁰ Ipak, jasno je kako četiri velesile koje su uspostavile

¹⁷⁸ V. Bassiouni, *Baffes & Evrard* 1981, 1665.

¹⁷⁹ Ovdje ističemo kako je obrana optuženika u predmetu *Brandt*, smatrajući Zakon broj 10 implementacijskim propisom Londonskog sporazuma i Statuta, prema čijem je čl. 6(c) kazneno djelo zločina protiv čovječnosti moralo biti počinjeno „*u izvršenju nekog zločina ili u vezi sa zločinom koji spada pod nadležnost Suda*“, iznijela stav kako Zakon br. 10 ne može proširivati opseg inkriminacija definiranih Statutom te da je međunarodno pravo nepirmjenjivo na zločine počinjene protiv osoba njemačke nacionalnosti. Prema rezoniranju obrane, bilo koji zločin počinjen protiv osoba njemačke nacionalnosti nakon 1939. koji nije počinjen u izvršenju ili u vezi ratnog zločina ili zločina protiv mira, kao takav ne bi mogao biti smatran zločinom protiv čovječnosti. V. *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 909 *et seq.*

¹⁸⁰ Oponenti stališta da je zločin protiv čovječnosti moguće počinuti samo u kontekstu oružanog sukoba, uporište su nalazili, osim u Zakonu broj 10, i u Konvenciji o kažnjavanju i sprečavanju zločina genocida, Konvenciji o nezastarjavanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti, Statutu ICTR, odluci ICTY-a u predmetu Tadić, te Nacrtu Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva Komisije za međunarodno pravo. Delegacija Sjedinjenih Američkih Država išla je toliko daleko da je iznijela tvrdnju kako niti tvorci koncepta zločina protiv čovječnosti, utjelovljenog u čl. 6. Statuta Međunarodnog vojnog tribunala, počinjenje zločina u kontekstu oružanog sukoba nisu smatrali konstitutivnim elementom zločina protiv čovječnosti. Prema *Schabas* 2010, 146.

Nürnberški tribunal ne bi stavile zločin protiv čovječnosti u nadležnost tribunala bez propisivanja veze kažnjivog djela i oružanog sukoba. Sjedinjene Američke Države, Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska i Sovjetski savez bile su svjesne koje bi implikacije izostavljanja veze zločina i ratnog stanja moglo imati po njih same, imajući u vidu njihovo postupanje spram manjinskog stanovništva u vlastitim državama i svojim kolonijama.¹⁸¹ *Nexusom* agresivnog rata i zločina protiv čovječnosti, velesile su omogućile kažnjavanje nacističkih zločina uz izbjegavanje „*uspostavljanja presedana zbog kojih bi mogle požaliti*“.¹⁸² Iako je Zakon broj 10 poslije izostavio vezu oružanog sukoba i zločina protiv čovječnosti, još je pola stoljeća bilo uvriježeno stajalište kako takva veza proizlazi iz međunarodnog običajnog prava. No, glavni tajnik Ujedinjenih naroda u svome izvješću koje je podnio Vijeću sigurnosti 1993. godine, i u čijem je aneksu sadržan Statut Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, navodi kako su „*zločini protiv čovječnosti usmjereni protiv bilo kojeg civilnog stanovništva zabranjeni bez obzira jesu li počinjeni u međunarodnom ili unutaršnjem oružanom sukobu*“.¹⁸³ Prema *Schabasu*, osoblje Ujedinjenih naroda koje je izradilo nacrt odredbe čl. 5 Statuta Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju¹⁸⁴ vjerovalo je kako je prema međunarodnom običajnom pravu zločin protiv čovječnosti moguće počinuti samo u oružanom sukobu te da bi procesuiranje zločina protiv čovječnosti izvan konteksta oružanog sukoba značilo povredu načela zakonitosti.¹⁸⁵ I dok je Statut Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu izostavio vezu zločina protiv čovječnosti i oružanog sukoba,¹⁸⁶ te uveo novi

¹⁸¹ *Ibid.*, 144-145.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3 May 1993, UN Doc. S/25704, para. 47. Izvješće sa Statutom Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, sadržanog u njegovom aneksu, odobreno je Rezolucijom Vijeća sigurnosti 827 (1993), kojom je i osnovan ovaj sud. V. UN Doc. S/RES/827 (1993).

¹⁸⁴ Članak 5. Statuta Međunarodnog suda za kazneni progon osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriju bivše Jugoslavije od 1991. godine (UN Doc. S/RES/827, 1993) propisuje: „*Međunarodni sud je nadležan za kazneni progon osoba odgovornih za sljedeća kaznena djela kada su počinjena u oružanom sukobu, bilo međunarodnog bilo unutrašnjeg karaktera, i usmjereni protiv civilnog stanovništva: (a) ubojstvo; (b) istrebljivanje; (c) porobljavanje; (d) deportacija; (e) zatvaranje; (f) mučenje; (g) silovanje; (h) progoni na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi; (i) druga nečovječna djela.*”

¹⁸⁵ V. *Schabas* 2010, 145

¹⁸⁶ Članak 3. Statuta Međunarodnog kaznenog suda za kazneni proguru osoba odgovornih za genocid i druge ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava počinjene na teritoriju Ruande i susjednih zemalja između 1. 1. 1994 i 31. 12. 1994, UN Doc. S/RES/955, 1994,

„kontekstualni element“ u vidu široko rasprostranjenog i sustavnog napada, iz izvješća Glavnoj tajnika o uspostavljanju Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu podnesenog Vijeću sigurnosti proizlazi da je to shvaćeno ne kao odraz razvoja međunarodnog običajnog prava, već, naprotiv, odstupanje od istog.¹⁸⁷ Zanimljivo, iste godine Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju, čiji statut *expressis verbis* propisuje ovaj nexus kao konstitutivni element zločina protiv čovječnosti, u jednoj od odluka u predmetu *Tadić* utvrđuje: „*Sad je već utvrđeno pravilo međunarodnog običajnog prava da zločini protiv čovječnosti ne pretpostavljaju postojanje međunarodnog oružanog sukoba. Doista, kao što to ističe Tužitelj, međunarodno običajno pravo uopće ne dovodi u vezu zločine protiv čovječnosti i oružane sukobe. Prema tome, zahtijevajući da su zločini počinjeni u domaćem ili međunarodnom oružanom sukobu, Vijeće sigurnosti je u članku 5. kazneno djelo definiralo restriktivnije nego međunarodno običajno pravo. Nije upitno, međutim, da je ta definicija u skladu s načelom nullum crimen sine lege*“.¹⁸⁸ U ovoj odluci izraženo je stajalište kako „*ne postoji nikakvo logično niti pravno uporište za ovaj zahtjev te je isti napušten u praksi država koja je uslijedila [nakon Drugog Svjetskog rata] u pogledu zločina protiv čovječnosti*“.¹⁸⁹

propisuje: „*Međunarodni sud je nadležan za kazneni progon osoba odgovornih za sljedeća kaznena djela kada su počinjena u sveopćem ili sistematskom napadu protiv civila na političkoj, etničkoj, rasnoj ili religijskoj osnovi: (a) ubojstvo; (b) istrebljivanje; (c) porobljavanje; (d) deportacija; (e) zatvaranje; (f) mučenje; (g) silovanje; (h) progoni na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi; (i) druga nečovječna djela.*“ Međutim, iako je isključen nexus zločina protiv čovječnosti i rata, uključena je diskriminatorna osnova ili motiv kao konstitutivni element zločina, bez obzira na radnju kojom se ostvaruju njegova obilježja. Statutom Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (čl. 5(h)) te Rimskim Statutom Međunarodnog kaznenog suda (čl. 7(1)(h)), diskriminatorna osnova ili motiv relevantni su samo u slučaju počinjenja zločina protiv čovječnosti progonom (*persecution*), a ne i kada su obilježja zločina ostvarena nekom od ostalih inkriminiranih radnji (npr. ubojstvom, silovanjem etc.).

¹⁸⁷ Tako i *Schabas* 2010, 145. Kako je istaknuto u Izvješću Glavnog tajnika UN-a podnesenom sukladno Rezoluciji kojom je osnovan Međunarodni kazneni tribunal za Ruandu, „*Vijeće sigurnosti je izabralo ekspanzivni pristup izboru mjerodavnog prava od onoga na kojem se temelji Statut Suda za bivšu Jugoslaviju i uključio u stvarnu nadležnost Suda za Ruandu, bez obzira na to jesu li se smatrali dijelom međunarodnog običajnog prava ili jesu li povlačila za sobom individualnu odgovornost pojedinaca.*“ V. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994), 13 February 1995, UN Doc. S/1995/134, para. 12.

¹⁸⁸ *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-I-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2. X. 1995., para. 141.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 140. Zanimljivo, i ovdje nalazimo na pozivanje na Zakon broj 10 koji je definirajući zločin protiv čovječnosti izostavio njegovu vezu s oružanim sukobom.

Nesporno je da je razvoj međunarodnog kaznenog prava vodio ka dokidanju shvaćanja da se zločini protiv čovječnosti mogu počinuti samo u kontekstu oružanih sukoba. *Cassese*, predsjedavajući sudskog vijeća koje je donijelo gore navedenu odluku u predmetu *Tadić*, navodi kako pozitivno običajno pravo ne pridaje više nikakvu važnost ovom *nexusu*.¹⁹⁰ Zločini protiv čovječnosti su zabranjeni i kažnjivi bez obzira jesu li počinjeni u vrijeme rata ili mira. Dok je stanje oružanog sukoba bio „kontekstualni element“ zločina protiv čovječnosti, koji bi ga razlikovao od *običnog zločina*, danas taj element nalazimo u konstrukciji „*široko rasprostranjeni i sustavni napad*“.¹⁹¹ Članak 7 Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda potvrđuje ovu značajnu evoluciju međunarodnog prava. Izraz „*zločin protiv čovječnosti znači bilo koje od opisanih djela u čl. 7 Statuta, počinjenih u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv nekog civilnog stanovništva, uz znanje o tome napadu*“, pri čemu je „*napad usmjeren protiv civilnog stanovništva*“ definiran kao „*ponašanje koje uključuje višestruko činjene djela navedenih u čl. 7 st. 1 protiv nekog civilnog stanovništva, na temelju ili u cilju državne politike ili politike neke organizacije da se takav napad počini*“.

Daljnje pitanje koje se postavlja je predstavlja li eksperimentiranje na ljudima radnju počinjenja zločina protiv čovječnosti. Iako eksperimentiranje na ljudima nije bilo obuhvaćeno eksplicite niti u čl.6(c) Londonske povelje, baš kao niti u jednoj od daljnjih formulacija ovoga zločina, slažemo se sa stajalištem da ono ulazi u doseg generalne klauzule „*i ostala nečovječna djela*“.¹⁹² Iako se u ovu *Prokrustovu* postelju nastoji opravdano ili neopravdano smjestiti niz drugih zločina, poput međunarodne prostitucije i pranja novca,¹⁹³ povijesno iskustvo pokazuje kako je eksperimentiranju nad ljudima ovdje uistinu i mjesto.

Alternativa smještanja eksperimenata bez pristanka u ovu generalnu klauzulu je tretiranje istih kao mučenja.¹⁹⁴ Stavljanje eksperimentiranja na ljudima bez pristanka u istu ravan s mučenjem ima svoju tradiciju u međunarodnog prava – međunarodnom pravu ljudskih prava, međunarodnom humanitarnom i međunarodnom kaznenom pravu. Tako npr.

¹⁹⁰ *Cassese* 2008, 99.

¹⁹¹ *Ibid.* V. i *Schabas* 2010, 146.

¹⁹² Tako *Bassiouni* 2011, 419.

¹⁹³ Tako je Vrhovni sud Venezuele upućujući na čl. 7 st. 1(k) Rimskog statuta držao krijumčarenje droge, terorizam i dječju prostituciju za zločine protiv čovječnosti. Prema *Schabas* 2010, 185.

¹⁹⁴ *Bassiouni* ističe da nedopušteno eksperimentiranje predstavlja mučenje ukoliko prouzrokuje bol i patnje subjektu podvrgnutom eksperimentiranju. *Bassiouni* 2011, 424.

čl. 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima¹⁹⁵ stavlja eksperimentiranje bez pristanka u kontekst mučenje i okrutnog, nečovječnog, ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. Odmah nakon utvrđenja da „[n]itko ne smije biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni“, već u slijedećoj rečenici istog članka navodi kako je „[o]sobito [je] zabranjeno podvrgavanje osobe medicinskom ili znanstvenom eksperimentu bez njezinog slobodnog pristanka“.¹⁹⁶ Eksperimentiranje bez pristanka pristupa se kao jedinom posebno istaknutom pojavnom obliku mučenja ili okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja i u čl. 15 Konvencije o pravima osobama s invaliditetom¹⁹⁷ koja u istoj odredbi zabranjuju mučenje, okrutno, nečovječno ili ponižavajuće postupanje te podvrgavanje medicinskim ili znanstvenim pokusima (na engleskom jeziku *experiment*) bez slobodnog pristanka subjekta. U istu ravan s mučenjem i nečovječnim postupanjem eksperimentiranje na ljudima stavlja i Rimski Statut u čl. 8 st. 2 (a)(ii), prema kojem izraz "ratni zločini" znači teške povrede Ženevskih konvencija od 12. kolovoza 1949., što uključuje mučenje ili nečovječno

¹⁹⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171.

¹⁹⁶ SAD je stavio rezervu, između ostalih, i na ovaj članak Pakta prema kojoj „*the United States considers itself bound by Article 7 to the extent that 'cruel, inhuman or degrading treatment or punishment' means the cruel and unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.*“ V. I(3), U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, International Covenant on Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4781-01 (daily ed., Apr. 2, 1992). Za rezerve i deklaracije na odredbe Pakta, v. bazu podataka United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (dalje: MTDSG), Chapter IV.4, dostupno na: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg_no=iv-4&lang=en#EndDec [14.5.2015.]. Međutim, ova je rezerva, kao protivna predmetu i svrsi Pakta, bez učinka. Prema čl. 19 st. 1 t. c Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, rezerva na neki međunarodni ugovor zabranjena ako je „*inkompatibilna s predmetom i svrhom ugovora.*“ Tako je među državama koje su prigovorile na ovu rezervu SAD-a i Kraljevina Nizozemska, koja je istaknula: „*The Government of the Kingdom of the Netherlands objects to the reservation with respect to article 7 of the Covenant, since it follows from the text and the interpretation of this article that the said reservation is incompatible with the object and purpose of the Covenant*“ (dostupno u bazi podataka MTDSG). Uostalom, Pakt je 1966. godine predstavljao kodifikaciju međunarodnog običajnog prava te se može smatrati kako rezerve na njegove odredbe nemaju pravni učinak ako se odredbe na koje je stavljena rezerva mogu smatrati međunarodnim običajnim pravom, a odredbu o zabrani nekonsenzualnog eksperimentiranja smatramo takvom. Tako ni rezerva Sjedinjenih Američkih Država stavljena na članak 7. Pakta ne bi imala učinka jer je eksperimentiranje na ljudima bez njihovog pristanka bilo zabranjeno međunarodnim običajnim pravom. Čak i ukoliko se ne prihvati da je ova odredba bila dijelom općeg običajnog prava, nepobitno je da je danas dio istog. V. i *Martin et al.* 2006, 235.

¹⁹⁷ V. bilj. 135.

postupanje, uključujući biološke pokuse (*biological experiments*). Navedena je odredba Rimskog Statuta gotovo doslovno preuzeta u čl. 91 st. 1 t. 2 hrvatskog KZ-a, koji, doduše, inkriminira i ratne zločine počinjene u nemeđunarodnom oružanom sukobu.¹⁹⁸ Eksperimente bez pristanka protiv osoba zaštićenih pojedinom konvencijom zabranjuju, doduše uz ponešto drukčiju dikciju, sve četiri Ženevske konvencije od 12. kolovoza 1949.,¹⁹⁹ propisujući podvrgavanje eksperimentima zaštićenih osoba „teškim kršenjem“ Ženevskih konvencija.²⁰⁰

Držimo međutim, kako bi način na koji bi se ova materija mogla urediti na međunarodnoj razini *explicite* navođenjem nedopuštenih eksperimenata kao kaznenih djela koja predstavljaju *modus* počinjenja zločina protiv čovječnosti – bilo u posebnoj klauzuli, bilo uz mučenje. Prilika za izričito unošenje nedopuštenih eksperimenata u definiciju zločina protiv čovječnosti, ali i razrješenje brojnih prijepora glede konstitutivnih elemenata ovog zločina, vidimo u trenutnom radu Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih Naroda.

Prepoznavanje potrebe za kodifikacijom materije zločina protiv čovječnosti, kao jedinog od tri međunarodna zločina kojemu nije posvećen univerzalni međunarodni ugovor, nije novijeg datuma. Komisija za međunarodno pravo radeći na Nacrtu Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva,²⁰¹

¹⁹⁸ V. čl. 91 st. 1 Kaznenog zakona (NN 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15).

¹⁹⁹ V. čl. 13 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135 (“*no prisoner of war may be subjected to physical mutilation or to medical or scientific experiments of any kind which are not justified by the medical, dental or hospital treatment of the prisoner concerned and carried out in his interest*”); čl. 32 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S. 287 (“*This prohibition applies not only to murder, torture, corporal punishment, mutilation and medical or scientific experiments not necessitated by the medical treatment of a protected person but also to any other measures of brutality whether applied by civilian or military agents*”); čl. 12 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85 (“*Any attempts upon their lives, or violence to their persons, shall be strictly prohibited; in particular, they shall not be murdered or exterminated, subjected to torture or to biological experiments*”); čl. 12, Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31 (“*Any attempts upon their lives, or violence to their persons, shall be strictly prohibited; in particular, they shall not be murdered or exterminated, subjected to torture or to biological experiments*”).

²⁰⁰ V. čl.130 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War; čl.147 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War; čl.51 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; čl.50 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field.

²⁰¹ V. bilj. 13. U čl. 18 Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva koji regulira zločine protiv čovječnosti mučenje je navedeno kao poseban modalitet počinjenja

polu stoljeća se bavila kodifikacijom, *inter alia*, i zločina protiv čovječnosti.²⁰² U tom razdoblju ponudila je četiri definicije zločina protiv čovječnosti, dodajući ili izostavljajući koji od konstitutivnih elemenata ovog jezgrenog međunarodnog zločina. Zločin protiv čovječnosti je, baš kao i genocid i ratni zločin, podvrgnut jurisdikciji međunarodnih kaznenih sudova. Međutim, dok su ratni zločini i genocid uspješno kodificirani u univerzalnim konvencijama koje zahtijevaju od država obveznica prevenciju i kažnjavanje tih zločina, kao i kooperaciju ugovornica u cilju njihove prevencije i kažnjavanja, niti jedan takav međunarodni ugovor ne postoji u pogledu zločina protiv čovječnosti.²⁰³ Stoga ne čudi što Komisija za međunarodno pravo ponovno na svojoj agendi ima problematiku zločina protiv čovječnosti; ovaj put, kao posebnu temu.²⁰⁴ Ostaje tako za nadati se kako će uroditi plodom nastojanje da se ovaj Gordijski čvor rasplete u vidu univerzalne kodifikacijske konvencije koja neće ostaviti nerazriješenim sporna pitanja glede konstitutivnih elemenata zločina protiv čovječnosti, ili barem, u obliku nacrtu članaka Komisije za međunarodno pravo koji će zaista predstavljati kodifikaciju međunarodnog običajnog prava ili njegov progresivni razvoj. Ukoliko to bude slučaj, valjalo bi eksperimente izrijeком navesti ili uz mučenje, za što uzor nalazimo u međunarodnom pravu, ili kao posebnu klauzulu kod definicije samih *modusa* počinjenja zločina protiv čovječnosti.

7. ZAKLJUČAK

Jedno od prvih i najvažnijih suđenja za zločine protiv čovječnosti ikada ticalo se upravo nedopuštenog eksperimentiranja – nacistički liječnici osuđeni su za „*provođenje eksperimenata bez pristanka subjekata eksperimentiranja, uslijed čega su počinili ubojstva, brutalnosti, okrutnosti, mučenja, zvjerstva i ostala nehumana djela*“. Iako su optuženici osuđeni za

ovog zločina, dok eksperimenti nisu izrijeком spomenuti. Također u prijedlogu International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity predložene od strane Whitney R. Harris World Law Institute, Crimes Against Humanity Initiative, Washington University School of Law, iz 2010. godine, eksperimenti također nisu izrijeком spomenuti (vidjeti čl. 3. Prijedloga). Prijedlog je dostupan, između ostalog, i u *Sadat* 2011, 359-397.

²⁰² V. o nastojanjima kodifikacije zločina protiv čovječnosti u *Clark* 2011, 8-27, te *Stanton* 2011, 345-359. V. i *Bassiouni* 2011, osobito 171-189.

²⁰³ V. International Law Commission, Report on the work of its sixty-fifth session (6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013), General Assembly, Official Records, Sixty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/68/10), Annex B, Crimes Against Humanity, 140 *et seq.*

²⁰⁴ *Ibid.*

“klasične” *moduse* počinjenja ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti (ubojstva, mučenja, itd.), nema sumnje da su nedopušteni eksperimenti bili okosnica cijelog suđenja. Štoviše, sud je zaključio kako niti jedan optuženik ne može biti osuđen ukoliko se ne dokaže „*izvan razborite sumnje da su optuženici u bilo kojem svojstvu sudjelovali u počinjenju barem jednog medicinskog eksperimenta*“ te kako „*niti pod kojim drugim uvjetom osuda nije moguća*“.²⁰⁵ Nürnberški kodeks kao oporuka žrtava logora smrti danas doživljava svoju renesansu. Danas je možda čak i aktualniji nego što je bio u zadnjim desetljećima, čemu pridonosi i mogućnost procesuiranja medicinskih eksperimenata kao zločina protiv čovječnosti pred Međunarodnim kaznenim sudom temeljem Rimskog Statuta.

Držimo kako nedopušteno eksperimentiranje nad ljudima svakako spada u “*ostala nečovječna djela slične naravi kojima se namjerno uzrokuje teška patnja, teška ozljeda odnosno povreda duševnog ili tjelesnog zdravlja*”, dok je alternativa supsumpciji eksperimenata pod ovu generalnu klauzulu tretiranje istih kao mučenja, dakako, ukoliko su ispunjene pretpostavke da se eksperimentiranje smatra mučenjem. Iako, dakle, smatramo kako je procesuiranje eksperimenata na ljudima kao zločina protiv čovječnosti moguće i *de lege lata* podvođenjem istog pod opću klauzulu „*ostala nečovječna djela*“ ili tretiranjem eksperimenata kao mučenja, *de lege ferenda* bi bilo poželjno izričito navesti eksperimente u anticipiranoj konvenciji o zločinu protiv čovječnosti kao modalitet počinjenja ovog zločina jezgrenog zločina, bilo u vidu posebne klauzule, ili u klauzuli koja zabranjuje mučenje. Ovo bi, držimo, bilo i u skladu s tendencijama izraženima u međunarodnom pravu ljudskih prava, kao i međunarodnom humanitarnom i međunarodnom kaznenom pravu, da se eksperimentiranje bez pristanka regulira kao oblik mučenja, te se izričito zabranjuje već u istoj odredbi kao i mučenje.

Zločinu protiv čovječnosti sestrinski ratni zločin bi pritom mogao poslužiti kao uzor. Osim što sve četiri Ženevske konvencije izričito zabranjuju eksperimente i propisuju ih kao teška kršenja Ženevskih konvencija, dakle, ratni zločin, što slijedi i Rimski Statut, razlog za izričitu zabranu eksperimenata nad zaštićenim osoba od strane međunarodne zajednice bio je zauvijek zabraniti kriminalnu praksu eksperimentiranja na ljudima viđenu u logorima smrti.²⁰⁶ Kao što su pri kodifikaciji ratnog zločina izričito

²⁰⁵ *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 174 (v. bilj. 60 i tekst iznad).

²⁰⁶ V. npr. Uhler et al. 1958, 224: “*In prohibiting medical experiments on protected persons, the Diplomatic Conference wished to abolish forever the criminal practices from which thousands of persons suffered in the death camps of the last world war. [...] Protected persons must not in any circumstances be used as ‘guinea-pigs’ for medical experiments.*”; de Preux et al. 1960, 141: “*The authors of the Convention wished expressly*

navedeni eksperimenti kao teška kršenja Ženevskih konvencija, čime je svijet dao odgovor na nacističku praksu koja je šokirala savjest čovječanstva, držimo da bi i buduća univerzalna konvencija o zločinu protiv čovječnosti kojom bi rad Komisije za međunarodno pravo trebao rezultirati trebala izričito navesti i eksperimente kao modalitet počinjenja ovog zločina. Osim nacističke prakse, koja je bila na umu tvorcima Ženevskih konvencije, i brojna podvrgavanja civilnog stanovništva nedopuštenim eksperimentima nakon Drugog svjetskog rata daju dodatno opravdanje za uključivanje eksperimenata u prvu univerzalnu konvenciju o zločinu protiv čovječnosti. Kako zločin protiv čovječnosti može biti počinjen i u stanju mira, izričitim uključivanjem eksperimenata bilo bi neprijeporno da pod doseg međunarodnog kaznenog prava ulaze i „mirmodopski“ kriminalni eksperimenti.

Danas su, zbog globalizacije, istraživanja postala i transnacionalna, ili, čak, internacionalna, te, iako je prošlo više od 65 godina od Nürnberške presude, pitanje dopuštenosti provođenja medicinskih istraživanja i razlikovanje dopuštenih istraživanja i nedopuštenih eksperimenata i dalje zaokuplja znanstvenu, stručnu i opću javnost. Osim toga, pitanje dopustivosti istraživanja postalo je političko i ekonomsko pitanje. Globalizacija biomedicinskih istraživanja povećava rizike kojima su izloženi subjekti istraživanja. Regulacija istraživanja mora u prvom planu imati prava i interese osoba podvrgnutih istraživanju te koliziju oprečnih interesa različitih dionika u postupcima istraživanja rješavati u korist subjekata istraživanja, a ne interesa društva ili znanosti, a pogotovo ne partikularnih interesa istraživača i njihovih sponzora. Predmet *Pfizer* zorno ilustrira posljedice nerješavanja ove kolizije interesa u korist subjekata istraživanja. Nažalost, razvoj međunarodnih dokumenata koji reguliraju medicinsko istraživanje nije pravocrtan te visok stupanj zaštite pojedinaca koji se podvrgavaju istraživanju zajamčen Nürnberškim kodeksom nije više u potpunosti takav. Može se tvrditi kako razvoj međunarodnog prava ljudskih prava slijedi tragove Nürnberškog kodeksa, u čemu su najdosljedniji Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima te Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, koja zabranjuje eksperimentiranje bez pristanka, bez obzira je li ono poduzeto isključivo s ciljem stjecanja novih znanja, ili i subjekt podvrgnut eksperimentu ima koristi od istih u vidu poboljšanja zdravstvenog stanja.

to prohibit mutilation and medical experiments which are a particularly reprehensible form of attack on the human person. [...] The intention was to abolish forever the criminal practices inflicted on thousands of persons during the Second World War. [...] The prisoners must not in any circumstances be used as 'guinea-pigs' for medical or scientific experiments."

Iako nezakoniti medicinski eksperimenti mogu predstavljati zločin protiv čovječnosti, u većini slučajeva povreda neće biti takve jačine da dozvoljava ovu pravnu kvalifikaciju. Ali i tada je, po našem mišljenju, bitno razriješiti pitanje što se danas smatra nedopuštenim odnosno dopuštenim medicinskim eksperimentom, odnosno istraživanjem. Ukoliko ipak povreda bude takve jačine da opravdava kvalifikaciju djela kao zločina protiv čovječnosti, moramo istaknuti da iako slučajevi koje smo obrađivali u ovom radu (*Brandt* i *Pfizer*) nipošto nisu isti, to ne priječi svođenja istih na zajednički nazivnik ovog međunarodnog zločina. Na krivi bi zaključak u pogledu kvalifikacije ovih zločina mogla navesti činjenica da je krajnji cilj eksperimentiranja nad nigerijskom djecom bio plemenit – povećanja korpusa ljudskog znanja i otkriće sredstva za borbu protiv bolesti, dok je u monstruoznom nacističkom ludilu konačni cilj bio potpuno uništenje pojedinih društvenih skupina. Međutim, dostatno je da se za kvalifikaciju djela kao zločina protiv čovječnosti državni plan ili politika iscrpljuju već u samom napadu,²⁰⁷ a napad je izvršen već ispunjenjem obilježja kojeg od *modusa* počinjenja zločina protiv čovječnosti (npr. ubojstva, silovanja, deportacije, eksperimenta itd.). Svaki daljnji cilj, u vidu korištenja produkta zločinačkog istraživanja u zločinačke svrhe – bila to masovna sterilizacija Židova s ciljem njihova istrebljenja ili “liječenje” ljudi od homoseksualnosti – nije nužan za kvalifikaciju određenog djela kao zločina protiv čovječnosti. Takav daljnji cilj, kakav je primjerice postojao u slučaju nacističkih dužnosnika osuđenih za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, može biti konstitutivni element drugog jezgrenog međunarodnog zločina – genocida. Takav cilj nerijetko će biti *differentia specifica* zločina protiv čovječnosti i genocida – dok je za zločin protiv čovječnosti dostatno da je izvršen napad koji se iscrpljuje u ispunjenju obilježja kojega od *modusa* počinjena zločina protiv čovječnosti, za genocid je nužno postojanje posebne namjere.²⁰⁸ Državni cilj ili politika uništenja jedne skupine nije konstitutivni element zločina protiv čovječnosti, pa tako ni zločina protiv čovječnosti izvršenog provođenjem eksperimenata nad ljudima, već dokaz postojanja *dolus specialis* – genocidne namjere kao elementa ovog zločina nad zločinima.²⁰⁹ Smatramo da je kaznenopravna regulacija medicinskih eksperimenata bez pristanka nužnost, a kao najsretnije rješenje ističemo inkriminiranje nekonsenzualnog eksperimentiranja na ljudima kao posebnog kaznenog djela po uzoru na francusko pravo.²¹⁰ Mišljenja smo da bi ovakvo rješenje trebao preuzeti i hrvatski zakonodavac, te smatramo nesretnom okolnošću

²⁰⁷ V. *Schabas* 2010, 153.

²⁰⁸ *Ibid*, 126.

²⁰⁹ *Ibid*.

²¹⁰ V. bilj. 94.

što je radna skupina za izradu novog hrvatskog Kaznenog zakona, iako prvotno na tragu ovakvog rješenja, u konačnici od istoga odustala.²¹¹ Držimo kako i zemlje poput Njemačke, uz određene manjkavosti, daju uspješan kaznenopravni odgovor na ove eksperimente supsumirajući ih pod zakonske opise općenitijih kaznenih djela poput tjelesne ozljede, o čemu svjedoče i primjeri iz sudske prakse netom po stupanju na snagu njemačkog Kaznenog zakona. Međutim, ovakva regulacija ipak brojne zloporabe ostavlja izvan dosega kaznenopravne regulacije. Kako kod nekonsenzualnog eksperimentiranja povrijeđeno pravno dobro nije samo zdravlje pojedinca, već i njegova autonomija, trebalo bi inkriminirati i one eksperimente bez pristanka koji neće rezultirati pogoršanjem zdravlja, odnosno kazneno djelo eksperimentiranja bez pristanka bi trebalo biti formalno kazneno djelo. Osim toga, jasno je kako je ovdje riječ o blanketnim kaznenim djelima te da je potrebno poznavati popise medicinskog, ljekarničkog i ostalih srodnih grana prava kako bi se dobio jasan uvid u sadržaj pojma (bio)medicinsko istraživanje i distinkcije između dopuštenog istraživanja i kriminalnog eksperimentiranja. Dodatne poteškoće za pravnu kvalifikaciju predstavljaju transnacionalna ili internacionalna istraživanja koja često uključuju više jurisdikcija s različitim primjenjivim pravom.

Iako smatramo da *Bassiouni, Baffes i Evrard* nisu bili u potpunosti u pravu držeći da je kod eksperimenata „*focus upon individual conduct rather than state action*“, pa da shodno tome „*experimentation creates relatively neutral political concerns so that sovereign nations can meet without fear of retaliation or loss of power and reasonably expect to reach agreement on regulatory schemes*“,²¹² u pravu su glede zaključka do kojeg su došli još 1981. godine da je usvajanje međunarodne konvencije za sprečavanje i suzbijanje nedopuštenog eksperimentiranja na ljudima nužnost, kao i međunarodna regulacija samih istraživanja.²¹³ Iako je točno da je u većini slučajeva pojedinac taj koji provodi eksperimente nad drugim pojedincem, primjeri eksperimentiranja koja su se odvijala za vrijeme Trećeg Reicha, ali i na tlu SAD-a neposredno prije Drugog Svjetskog rata i nakon njega, pokazuju kako je upravo uloga države ključna za provođenje medicinskih eksperimenata. Kao i kod ostalih *modusa* počinjenja zločina protiv

²¹¹ Nacrt prijedloga Kaznenog zakona iz ožujka 2011. predviđao je kazneno djelo Istraživanja na ljudima bez pristanka, zakonski opis kojeg je glasio: „*Tko na drugome bez njegovog slobodnog, informiranog i pisanog pristanka ili pristanka njegovog zakonskog zastupnika kad je on potreban provodi biomedicinsko istraživanje, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.*“ V. Republika Hrvatska, Ministarstvo pravosuđa, Radna skupina za izradu Kaznenog zakona, Nacrt prijedloga Kaznenog zakona, Zagreb, Ožujak 2011.

²¹² *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1598.

²¹³ *Ibid.*, 1666.

čovječnosti, ni nedopušteno podvrgavanje civilnog stanovništva eksperimentima nije moguće počinuti u privatnom aranžmanu. Masovno podvrgavanje kriminalnim eksperimentima, pa i kada takvi eksperimenti ne dosežu razinu zločina protiv čovječnosti, nije moguće ostvariti bez barem tolerancije državnog aparata.²¹⁴ Kao što analizirani predmeti pokazuju, masovno podvrgavanje ljudi eksperimentima provedeno je ili u državnom aranžmanu, bilo svođenjem *ljudi nevrijednih življenja* na objekte stavljene u dispoziciju zločinačkog državnog aparata (*Brandt*), bilo podvrgavanjem vlastitih državljana u vojnoj službi eksperimentima sa znanjem da će im pravna zaštita biti uskraćena (*Stanley*) ili, pak, novijeg datuma, uz podršku i odobravanje organa državne vlasti ekonomski stimuliranih od strane moćnih farmaceutskih kompanija (*Pfizer*).

Razvoj znanosti putem provođenja istraživanja je potreban u konačnici i zbog pojedinca samog, ali to se istraživanje ne bi smjelo provoditi na uštrb tog istog pojedinca. Predmet *Pfizer* možemo i moramo koristiti kao opomenu trenutnom međunarodnom sustavu regulacije istraživanja, nedostatka dovoljne kontrole istih i (ne)kažnjavanja prekršitelja. Od značaja je i za ponovni smještaj eksperimentiranja na ljudima u kontekst zločina protiv čovječnosti. Ukoliko bi se tretiranje eksperimenata na ljudima kao zločina protiv čovječnosti učinilo suviše avangardnim, valja podsjetiti da je jedno od prvih i najvažnijih suđenja za zločine protiv čovječnosti bilo upravo ono za podvrgavanje ljudi nedopuštenim eksperimentima.

²¹⁴ V. presudu raspravnog vijeća Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, 14. I. 2000., para. 552 („*The need for crimes against humanity to have been at least tolerated by a State, Government or entity is also stressed in national and international case-law*“) i presudu žalbenog vijeća istoga suda u predmetu *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, 29. VII. 2004, para. 119 (citirajući pravno shvaćanje tužiteljstva da je za kvalifikaciju zločina protiv čovječnosti dovoljno da „*State, government or entity tolerated the crimes in question*“). V. i *Ambos* 2014, 70.

LITERATURA

1. *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009).
2. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, CETS No. 195.
3. Advisory Committee on Human Radiation Experiments, Final Report, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1995. Dostupno na: http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/27/031/27031227.pdf [6.5.2015.].
4. Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. New York.
5. Amelung, K. (2000). Competency to Consent – A German Approach. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 8:1, 1-12.
6. Andorno, R. (2010). Regulatory Discrepancies Between the Council of Europe and the EU Regarding Biomedical Research, u: den Exter, A.P. (ed.). *Human Rights and Biomedicine*. Antwerpen, Apeldoorn, Portland.
7. Annas, G.J. (2004). American Bioethics and Human Rights: The End of All Our Exploring. *Journal of Law, Medicine & Ethics* 32:4, 658-663.
8. Annas, G.J. (2009). The Legacy of the Nuremberg Doctors' Trial to American Bioethics and Human Rights. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 10:1, 19-40.
9. Arendt, H. (1963). *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. New York.
10. Arzt, G., Weber, U., Heinrich, B. & Hilgendorf, E. (2009). *Strafrecht: Besonderer Teil*. Bielefeld.
11. Bachmann, G. (2003). Volenti non fit iniuria – How to make a principle work. *German Law Journal* 4:10, 1033-1042.
12. Bassiouni, M.C. (2011). *Crimes Against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application*. New York.
13. Bassiouni, M.C., Baffes, T.G. & Evrard, J.T. (1981). An Appraisal of Human Experimentation in International Law and Practice: The Need for International Regulation of Human Experimentation. *Journal of Criminal Law & Criminology* 72:4, 1597-1666.
14. Beauchamp, T.L. & Childress J.F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*. New York. Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331.
15. Bohlander, M. (2008). *Principles of German Criminal Law, Studies in International and Comparative Criminal Law: Vol. 2*. Oxford and Portland.
16. Brandt, A.M. (1978). Racism and research: The case of the Tuskegee Syphilis study. *The Hastings Center Report* 8:6, 21-29.
17. Carrel, A. (1935). *Man, the Unknown*. New York. 1935.
18. Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. New York.
19. Chart of signatures and ratifications of Treaty 164, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Status as of 01/06/2016. Dostupno na: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=2POv0vgL [1.6.2016.].
20. Clark R.S. (2011). *History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity: From the Charter of Nuremberg to the Statute of Rome*, u: Sadat L.N. (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge.

21. Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946).
22. Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No. 164.
23. Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2515 U.N.T.S. 3.
24. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 U.N.T.S. 277.
25. Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. New York.
26. de Preux, J. et al. (1960). *Commentary: III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva.
27. Descartes, R. (2004). *The Principles of Philosophy*. Kessinger Publishing LLC.
28. Doppelfeld, E. (2010). *Appropriate Regulations for Different Types of Medical Research*, u: den Exter, A.P. (ed.). *Human Rights and Biomedicine*. Antwerpen, Apeldoorn, Portland.
29. Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. 2, Dio drugi.
30. Dubber, M.D. (2005). *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*. *American Journal of Comparative Law*. 53:3, 679-708.
31. Eser, A. (1987). *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, u: Eser, A. & Fletcher, G. (ur.). *Rechtfertigung und Entschuldung, Rechtsvergleichende Perspektiven – Justification and Excuse, Comparative Perspectives*, Vol. 1. Freiburg.
32. Eser, A. (1994). *Functions and Requirements of Informed Consent in German Law and Practice*, u: Westerhäll, L. (ur.). *Patient's Rights*. Stockholm.
33. European Network of Research Ethics Committees (EUREC), National Information: Germany. Dostupno na: <http://www.eurecnet.org/information/germany.html> [28.4.2015.].
34. Faulstich, H. (2001). *Abseits von T4-Aktion und Reichsausschußprogramm: Hungersterben in der Psychiatrie*, u: Kopke, C. (ur.). *Medizin und Verbrechen, Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wuttke*. Ulm.
35. *First Ebola vaccine to be tested in affected communities one year into outbreak*, Press Release, 25 March, 2015, Guinea WHO Country Office. Dostupno na: http://www.who.int/medicines/ebola-treatment/ebola-press_release_guinea/en/ [25.4.2015.].
36. Freyhofer, H.H. (2004). *The Nuremberg Medical Trial, The Holocaust and the Origin of the Nuremberg Medical Code*. New York.
37. Garašić, J., Goret, M., Grđan, K., Grozdanić, V., Roksandić Vidlička, S., Škorić, M., Tripalo, D. & Veselić, I. (2015). *Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s provedbenim propisima, primjerima sudskih odluka, međunarodnim dokumentima i presudama Europskog suda za ljudska prava*. Rijeka.
38. General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947, *Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal*, UN Doc. A/RES/2/177.
39. General Assembly resolution 95 (I) of 11 December 1946, *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, UN Doc. A/RES/1/95.

40. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31.
41. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85.
42. Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S. 287.
43. Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135.
44. Grodin, M.A. (1992). Historical Origins of the Nuremberg Code, u: Annas, G.J. & Grodin, M.A. (eds.). *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code: Human Rights and Human Experimentation*. New York.
45. Guatemalan STD medical experiments were just one crime in a long history of medical-government collusion to use humans as guinea pigs, *Natural News*, 2.10.2010. Dostupno na: http://www.naturalnews.com/029924_medical_experiments_Guatemala.html [6.5.2015.].
46. Hamilton, C. (1984). *Leaders and Personalities of the Third Reich: Their Biographies, Portraits, and Autographs*. San Jose.
47. Hoche, A.E. & Binding, K. (1920). *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens - Ihr Maß und ihre Form*. Leipzig.
48. Honnefelder, L. (1999). *Biomedizinische Ethik und Globalisierung, Zur problematik völkerrechtlicher Grenzziehung am Beispiel der Menschenrechtskonvention zur Biomedizin des Europarates*, u: Eser, A. (Hrsg.). *Biomedizin und Menschenrechte, Die Menschenrechtskonvention des Europarates zur Biomedizin – Dokumentation und Kommentare*. Frankfurt am Mein.
49. Horvatić, Ž. (gl. ur.) (2002). *Rječnik kaznenog prava*. Zagreb.
50. *International Compilation of Human Research Standards 2016 Edition*, U.S. Department of Health and Human Services, Office for Human Research Protections, dostupno na: <http://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/internationalcomp2016%20.pdf> [31.5.2016.].
51. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171.
52. *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), CIOMS, Geneva, 2002. Dostupno na: http://www.cioms.ch/publications/layout_guide2002.pdf [12.7.2015.].
53. *International Law Commission, Report on the work of its sixty-fifth session (6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013)*, General Assembly, Official Records, Sixty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/68/10), Annex B, Crimes Against Humanity.
54. Josipović, I., Krapac, D. & Novoselec, P. (2001). *Stalni međunarodni kazneni sud*. Zagreb.
55. Kant, I. (2002). *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven and London.
56. Katz, J. (1997). Human Sacrifice and Human Experimentation: Reflections at Nuremberg. *Yale Journal of International Law* 22:2, 401-418.
57. *Kazeni zakon Republike Austrije. Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 154/2015 (öStGB).

58. Kazneni zakon Francuske Republike. LOI n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, Version consolidée au 30 décembre 2015 (Code pénal).
59. Kazneni zakon Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15) (KZ).
60. Kazneni zakon Savezne Republike Njemačke. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juni 2015 (BGBl. I S. 926) (dStGB).
61. Kodeks medicinske etike i dentologije Hrvatske liječničke komore (NN 55/08).
62. Liddelet, K. et al. (2006). Medical Research Involving Incapacitated Adults: Implications of the EU Clinical Trials Directive 2001/20/EC. *Medical Law Review* 14:3, 367-417.
63. Lifton, R.J. (1988). *Ärzte im Dritten Reich*. Stuttgart.
64. Lifton, R.J. (1988). *The Nazi Doctors, Medical Killing and the Psychology of Genocide*. New York.
65. Lötjönen, I.S. (2005). Research on Human Subject, u: Gevers, J.K.M., Hondius, E.H. & Hubben, J.H. (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention, Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*. Leiden and Boston.
66. Macklin, R. (2004). *Double Standards in Medical Research in Developing Countries*. New York.
67. Martin, F.F., Schnably, S.J., Wilson, R., Simon, J. & Tushnet, M. (2006). *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis*. New York.
68. Mason, J.K., Laurie, G.T. & Aziz, M. (2011). *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*. Oxford.
69. Meier, B.M. (2002). International Protection of Persons Undergoing Medical Experimentation: Protecting the Right of Informed Consent. *Berkley Journal of International Law* 20:3, 513-554.
70. Meulders-Klein, M.T. (1983). The Right Over One's Own Body: Its Scope and Limits in Comparative Law. *Boston College International and Comparative Law Review* 6:1, 29-79.
71. Mitsch, W. (2007). Der „Kannibalen-Fall“. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 5, 197-203.
72. New Ebola Vaccine to Be Tested in Guinea, *The Wall Street Journal*, March 5, 2015. Dostupno na: <http://www.wsj.com/articles/new-ebola-vaccine-to-be-tested-in-guinea-1425556605> [25.4.2015.].
73. Novoselec, P. (2009). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb.
74. Nuremberg Military Tribunals: Indictments, Case No. 1-12, Office of Military Government for Germany (US), Nuremberg, 1946. Dostupno na internet stranici Kongresne knjižnice: http://www.loc.gov/r/r/frd/Military_Law/pdf/NT_Indictments.pdf [14.5.2015.].
75. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, *The Right to health*, Fact sheet No. 31, 2008.
76. Opći građanski zakonik Savezne Republike Njemačke. *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738)*, das durch Artikel 16 des Gesetzes vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1042) (BGB).
77. Pattinson, S.D. (2011). *Medical Law & Ethics*. London.
78. Pence, G.E. (2007). *Klasični slučajevi iz medicinske etike, Opis slučajeva koji su uobličili medicinsku etiku, sa njihovom filozofskom, pravnom i historijskom pozadinom*. Beograd.

79. Pfizer lawsuit (re Nigeria), Business & Human Rights Resource Centre. Dostupno na: <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.5.2015.]
80. Polšek, D. (2004). Sudbina odabranih, Eugeničko nasljeđe u vrijeme genske tehnologije. Zagreb.
81. Proctor, R.N. (2003). Nazi Medical Ethics: Ordinary Doctors?, u: Beam, T.E., Sparacino, L. R., Pellegrino, E.D., Hartle, A.E. & Howe, E.G. (eds.). *Military Medical Ethics*, Vol. 2. Washington, D.C.
82. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-T, 22. II. 2001.
83. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-A, 12. VI. 2002.
84. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2. X. 1995.
85. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, 29. VII. 2004.
86. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, 3. III. 2000
87. *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, 14. I. 2000.
88. Radbruch, G. (1946). Gesetzliches Unrecht and übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristenzeitung* 1:5, 105-108.
89. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3 May 1993, UN Doc. S/25704.
90. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994), 13 February 1995, UN Doc. S/1995/134.
91. Republika Hrvatska, Ministarstvo pravosuđa, Radna skupina za izradu Kaznenog zakona, Nacrt prijedloga Kaznenog zakona, Zagreb, Ožujak 2011.
92. Roksandić Vidlička, S. (2014). Regulacija provođenja istraživanja nad osobama s duševnim smetnjama u nacrtu novog Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama – usklađenost s međunarodnim i regionalnim dokumentima, Simpozij Novi Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Klinika za Psihijatriju Vrapče. Zagreb.
93. Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90.
94. Sadat L.N. (ed.) (2011). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge.
95. Schabas, W.A. (2008). State Policy as an Element of International Crimes, *Journal of Criminal Law and Criminology* 98:3, 953-982.
96. Schabas, W.A. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. New York.
97. Schaller, B.R. (2008). *Understanding Bioethics and the Law, The Promises and Perils of the Brave New World of Biotechnology*. Westport and London.
98. Secret Cable Discusses Pfizer's Actions in Nigeria Case, *New York Times*, 10.12.2010. Dostupno na: http://www.nytimes.com/2010/12/11/business/11pfizer.html?_r=0 [12.5.2015.].
99. Song Richardson, L. (2009). When Human Experimentation is Criminal. *Journal of Criminal Law and Criminology* 99:1, 89-133.
100. Spranger, T.M. (2012). *Medical Law in Germany*. Alphen aan den Rijn.
101. Stanton G.H. (2011). Why the World Needs an International Convention on Crimes Against Humanity, u: Sadat L.N. (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge.
102. Steinke, R. (2012). *The Politics of International Criminal Justice, German Perspectives from Nuremberg to the Hague*. Oxford and Portland.

103. Stühlinger, V., Fortwengel, G., Thoeni, M. & Staudinger, R. (2009). Biomedical Research and Human Research Subject Protection: Is there Need for Action in Germany and Austria?. *European Journal of Health Law* 16:1, 45-68.
104. The Alien Tort Claims Act (28 U.S.C. § 1350).
105. The Federal Tort Claims Act (28 U.S.C. § 2671 *et seq.*).
106. The Principles of International Law Recognized in the Charter and the Judgment of the Nürnberg Tribunal; Texts and Comments, Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. 2.
107. *The United States of America against Karl Brandt et al.* Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949, Vol. 1. & Vol. 2.
108. *The United States of America, the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring et al.* Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Published at Nuremberg, Germany, 1947.
109. The White House, Office of the Press Secretary, May 16, 1997, Remarks by the President in apology for study done in Tuskegee. Dostupno na: <http://www.cdc.gov/tuskegee/clintonp.htm> [14.5.2015.].
110. Turković, K., Roksandić Vidlička, S. & Brozović, J. (2011). Informirani pristanak djece u hrvatskom zakonodavstvu, u: Čović, A. & Radonić, M. (ur). *Bioetika i dijete – moralne dileme u pedijatriji*. Zagreb.
111. Turković, K., Roksandić Vidlička, S. & Maršavelski, A. (2010). Eutanazija i potpomognuto samoubojstvo – etičke dileme kriminalne politike. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 17:1, 223-246.
112. U.S. infected Guatemalans for STD tests, *Washington Post*, 2.10.2010. Dostupno na: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/10/01/AR2010100107299.html> [6.5.2015.].
113. U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, International Covenant on Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4781-01 (daily ed., Apr. 2, 1992).
114. Uhler, O.M., Coursier, H. et al. (1958). Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva.
115. United Nations Security Council Resolution 2177, 18 September 2014, UN Doc. S/RES/2177 (2014).
116. United Nations Security Council Resolution 827, 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993).
117. United Nations Security Council Resolution 955, 8 November 1994, UN Doc. S/RES/955 (1994).
118. United Nations Security Council, Sixty-ninth year, 7268th meeting, 18 September 2014, UN Doc. S/PV.7268.
119. United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter IV.4. Dostupno na: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg_no=iv-4&lang=en#EndDec [14.5.2015.].
120. *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987).
121. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, UNESCO General Conference 33 C/Resolution 36, 19 October 2005.
122. Vollmann, J., Winau, R. (1996). Informed consent in human experimentation before the Nuremberg Code. *British Medical Journal* 313:7070 (7 Dec. 1996), 1445-1449.

123. Webber, C. (2009). *Psychology & Crime*. London.
124. Winau, R. (2007). *Experimentation on Humans and Informed Consent: How We Arrived Where We Are*, u: LeFleur, W.R., Böhme, G. & Shimazono, S. (eds.). *Dark Medicine: Rationalizing Unethical Medical Research*. Bloomington.
125. WMA Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. Dostupno na: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html> [23.4.2015.].
126. Zakon o dobrovoljnoj sterilizaciji i drugim metodama liječenja Savezne Republike Njemačke.
127. Zakon o medicinskim proizvodima Savezne Republike Njemačke.
128. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN 76/14).
129. Zakon o zaštiti prava pacijenata Savezne Republike Njemačke (*Patientenrechtgesetz*).

EXPERIMENTS ON HUMAN BEINGS AS CRIMES AGAINST HUMANITY: FROM THE NUREMBERG MEDICAL TRIALS TO PFIZER CASE

The metamorphosis of a 'crime against humanity' from a core crime addressing the most serious violations of international humanitarian law into one empowering the international community with a tool to respond to the gravest violations of international human rights law warrants consideration which human rights violations justify the stigma of crime against humanity being attached to them. Subsuming mass non-consensual human subject experiments under the category of crimes against humanity has been deemed avant-garde for a long time, even after the Nuremberg trial against Nazi physicians for war crimes and crimes against humanity committed by subjecting concentration camps inmates to medical experiments. Linking the Nuremberg trial with the trial against the leading pharmaceutical corporation Pfizer for performing fatal experiments on Nigerian children, the paper reconsiders crimes committed by leading multinational corporations in collusion with national authorities and political elites within the framework of crimes against humanity. While Nazi "medical" crimes represent the most extreme form of mass experiments on civilian population whose only perceived value was to serve as object for obtaining means for exterminating social groups they belonged to, the "modern" context of criminal experiments on human beings is marked by both the appearance of new actors on the international scene – multinational pharmaceutical corporations, and the primacy of a new interest – the economic one. Critically reflecting on the justifiability of placing non-consensual medical experiments on the same level with "classical" modalities of commission of crimes against humanity, the paper examines elements of the crime that might suggest that international criminal law is currently incapable of responding to such criminal practices. The paper traces the emergence of the prohibition of non-consensual experiments in international law by examining the reception of the Nuremberg code, analyzing the causes of reluctance to bind themselves with bioethical instruments that depart from the Nuremberg legacy among precisely those countries whose prior regimes had committed the gravest atrocities by experimenting on people. Even though such crimes today are not committed on people deemed unworthy of living in the name of criminal state ideology, noticeable is the tendency of non-consensual subjection to medical experiments of those perceived less worthy,—i.e., vulnerable groups from the poorest countries—ordinarily in the orchestration of corporations from the wealthiest countries, with at least the tacit consent of authorities in the countries in question, in order to devise medicine for the benefit of groups in the wealthiest countries. The present reflection on the Pfizer case unveils the consequences of not resolving conflicts of interests among the various stakeholders in the process of medical research in favor of human subjects and calls for reconsideration whether there is a proper protection of human subjects by international criminal law.

Key words: *medical experiments; crime against humanity; international criminal law; Pfizer case; Nuremberg Doctor's Trial; Nuremberg Codex; informed consent.*