

Dr. sc. Larisa Velić, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Enis Omerović, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

DISKRIMINACIJA KAO POVREDA *JUS COGENS*? NJENI OBLICI U PORODIČNOM PRAVU I PORODIČNIM ODNOSIMA: PRIMJER BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Analiza odredaba dva mnogostrana međunarodna ugovora koja se odnose na određenje i zabranu diskriminacije te na međunarodne obaveze po države i druge međunarodnopravne subjekte koje deriviraju iz međunarodnih konvencija dovodi nas do analize koncepta imperativne norme općeg međunarodnog prava (*jus cogens*) i do promišljanja da li, ne samo rasna diskriminacija, već i druge forme diskriminacije, na temelju drugih osnova, odnosno motiva, poput spola, roda ili seksualne orijentacije (pripadnosti, opredjeljenja), ulaze u opseg *jus cogens* ili idu ka toj posebnoj hijerarhiji normi međunarodnog prava. To je važno iz razloga na koji način i u kojem obliku bi međunarodne organizacije i države trebale djelovati kod svakog primjera diskriminacije.

Uživanje prava i sloboda, predviđenih Ustavom Bosne i Hercegovine i brojnim međunarodnim ugovorima i drugim međunarodnim aktima, osigurano je svim osobama u toj državi, bez diskriminacije po bilo kojem osnovu, kao što su spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status, poput invaliditeta, starosti, bračnog i porodičnog statusa, seksualne orijentacije i rodnog identiteta, zdravstvenog statusa, mjesta življenja, ekonomske i socijalne situacije. Zabranu diskriminacije nalazimo i u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini i upravo se kroz ovaj rad bavimo pitanjem da li je diskriminacija relikat prošlosti ili se radi o pojavi s kojom se i danas susrećemo i koja zahtijeva nova *de lege ferenda* rješenja. S ovim u vezi primijetiti ćemo da se u porodičnom pravu prvenstveno radilo na tome da žene dobiju ista prava i istu ulogu u bračnoj zajednici, kao što su je imali muškarci. I čini se da je ta vrsta diskriminacije zaista otklonjena, patrijarhalni model braka i muška dominacija su ukinuti i zamijenjeni su principom ravnopravnosti.

Direktne vidove diskriminacije ne možemo utvrditi, međutim, čini se da je indirektna diskriminacija ipak prisutna. Država tako, primjera radi, samohranim majkama nije osigurala mehanizme za naplatu alimentacije od očeva koji nisu zainteresirani za njeno plaćanje. Ovdje govorimo o pozitivnoj obavezi države da pruži djelotvornu zaštitu od ozbiljnog ugrožavanja značajnih elemenata prava na porodični život. Postavlja se i pitanje da li majke u Bosni i Hercegovini mogu računati

da će njihova alimentacija biti određena prema kriterijima koji će biti objektivni ili će visina alimentacije zavisiti od sudijskog uvjerenja ili predstavnika centra za socijalni rad koji će to predložiti. Razlika u tretmanu i određivanju visine alimentacije, pod istim ili sličnim uslovima, sigurno vodi ka nedozvoljenoj diskriminaciji. U radu se obrađuju i pitanja prava na staranje o djetetu nakon razvoda braka u smislu da li kroz ovo diskreciono pitanje dolazi do diskriminacije muškaraca. Jednako tako, u zadatim okvirima predmeta našega istraživanja, bavimo se i mogućnošću muškaraca da „odlučuju“ o pitanju žele li potomstvo. Značajka u ovome kontekstu jeste i pravo roditelja koji ne živi s djetetom da s njim kontaktira. Ovaj problem se javlja unutar države, a postaje još složeniji u slučaju kada jedan od roditelja napusti Bosnu i Hercegovinu i svoj boravak zasnuje u drugoj državi.

Ključne riječi: jednakost, diskriminacija, *jus cogens*, Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, pravo na staranje o djetetu, alimentacioni zahtjevi

1. Uvodno određenje

U prvome poglavlju rada dajemo temeljna pojmovna određenja diskriminacije, one rasne, ali i po drugim osnovima. Posebnu pažnju, nakon analize odredaba Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, posvećujemo analizi odredaba i međunarodnih obaveza koje deriviraju iz Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena. Diskriminacija i njezini manifestacijski oblici u praksi jesu glavna tema i predmet našega istraživanja. Nakon međunarodnoga normativnoga predočavanja, osjetili smo važnim predstaviti koncept *jus cogens*, odnosno imperativne norme općeg međunarodnog prava i ispitati koje to međunarodne norme (i kakve sadržine) imaju višu pravnu snagu i od kojih se to ne može nikada odstupiti u njihovome izvršenju. Slijedom ovoga koncepta, rasna diskriminacija je danas prepoznata kao *jus cogens*. Takvo što saznajemo iz različitih izvora i potvrda. No, što je s diskriminacijom po drugim osnovima, poput spola, roda i seksualnog opredjeljenja, i jesmo li ušli u područje gdje postoji hijerarhija oblika diskriminacije? Do kakvog god u radu određenja došli, nesporno je da zabrana nejednakoga tretmana, pristupa, postupka i zaštite, odnosno zabrana diskriminacije, leži u osnovi svakog poštivanja i uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda svakog ljudskog bića.

U drugome dijelu rada istražili smo osnovne i nekada vrlo česte manifestacijske oblike diskriminacije, poglavito u praksi, u području porodičnog prava i porodičnih odnosa s posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu. Dat je kratki historijski pregled statusa i prava žena, te je prikazan njihov položaj u porodici i društvu tokom glavnih historijskih razdoblja. Predmet naučne obrade u radu su vrste diskriminacije u porodičnome pravu. Obrađujemo pitanje roditeljske brige i staranje kod djece rođene izvan braka. Na početku toga dijela analiziramo brigu i staranje o vanbračnome djetetu, zatim činimo prikaz statusa, prava i položaja samoga djeteta u uvjetima razvedenih roditelja, ali i dajemo pregled svih osobenosti i ispitujemo ima li diskriminacije u pogledu izdržavanja djeteta. Naš istraživački pregled završavamo pojavnim oblicima diskriminacije u situaciji podnošenja zahtjeva za izdavanjem

putnih dokumenata za dijete.

U dolasku do znanstvenih spoznaja, u radu se koristimo pravnodogmatskom metodom, analizom sudske prakse, odnosno metodama analize i sinteze, ali i elementima induktivne i deduktivne metode. Rad je postavljen na način da nam predočava i teoretski (i međunarodnopravni, komparativni i unutrašnji prikaz) i praktični presjek stanja u jednoj oblasti s kritičkim osvrtom na temeljni predmet istraživanja, postojeće međunarodnopravno, komparativno i unutrašnje uređenje, a sve s ciljem propitivanja i eventualnoga potvrđivanja tri glavne hipoteze u radu: zabrana diskriminacije leži u osnovi svakog poštivanja i uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda svakog ljudskog bića; zabrana rasne i svih drugih oblika diskriminacije predstavlja *jus cogens*; i, naposljetku, polazna tvrdnja da se određeni elementi diskriminacije uočavaju u porodičnom pravu i porodičnim odnosima u Bosni i Hercegovini.

2. Opće međunarodnopravno određenje diskriminacije

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1966.¹ u svome čl. 1. navodi da se „rasna diskriminacija” odnosi na svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu i koji imaju za svrhu ili za rezultat da unište ili da ugroze priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uvjetima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili na svakom drugom polju javnog života.“²

Preambula Konvencije polazi od osnovnih postulata i načela suvremenoga međunarodnog poretka, a posebno od obaveza da su države najpozvanije da razvijaju i potječu opće i stvarno poštovanje prava čovjeka i osnovnih sloboda za sve, bez obzira na rasu, spol, jezik i vjeru, da Opća deklaracija o pravima čovjeka iz 1948.³ proklamira da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka po dostojanstvu i pravima i da se svako može koristiti svim pravima i svim slobodama navedenima u njoj, bez ikakve razlike, naročito s obzirom na rasu, boju ili nacionalno porijeklo, smatrajući istodobno da su svi ljudi jednaki pred zakonom i da imaju pravo na jednaku zaštitu zakona od svake diskriminacije i svakog potjecaja na diskriminaciju.⁴ Države ugovornice u Preambuli Konvencije referiraju se i na Deklaraciju Ujedinjenih nacija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1963.⁵ u kojoj se potvrđuje potreba brzoga ukidanja svih oblika i svih pojava rasne diskriminacije u svim dijelovima svijeta i osiguranja razumijevanja i poštovanja dostojanstva ljudske ličnosti.⁶ Države

1 United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, p. 195. Stupila na snagu 4. januara 1969. Danas ima 182 stranke.

2 Čl. 1(1) Konvencije. Jednako tako je određeno da se „Ova Konvencija ne primjenjuje na razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanja prvenstva koje provodi država stranka ova Konvencije prema tome radi li se o njezinim državljanima ili o nedržavljanima.“ (čl. 1(2) Konvencije).

3 Usvojena Rezolucijom br. 217 A (III) u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948.

4 Preambula Konvencije.

5 Usvojena Rezolucijom br. 1904 (XVIII) u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1963.

6 Preambula Konvencije.

koje su u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija sudjelovale u glasanju za usvajanje ovoga vrlo važnoga međunarodnopravnoga dokumenta u uvodu Konvencije su pozdravile usvajanje Konvencije o diskriminaciji na polju zaposlenja i zanimanja koju je Međunarodna organizacija rada (MOR) usvojila 1958. i Konvenciju o borbi protiv diskriminacije u oblasti nastave koju je usvojila Organizacija Ujedinjenih nacija za prosvjetu, nauku i kulturu (UNESCO) godine 1960.⁷ Upravo na tragu Deklaracije iz 1963., da bi se nastojanja država pretočila u međunarodne obaveze država kojim povredama bi se države mogle pozvati na međunarodnu odgovornost, došlo je do usvajanja odnosnog međunarodnog ugovora.

Ova Konvencija predviđa različite međunarodne obaveze po države strane ugovornice ovoga mnogostranoga međunarodnoga ugovora, koje polaze od općega uvjerenja da sve države osuđuju rasnu diskriminaciju i obavezuju se da svim odgovarajućim sredstvima i bez odgode provode politiku koja teži da ukine svaki oblik rasne diskriminacije i da potpomažu razumijevanje između svih rasa.⁸

Jednako tako, osvrnućemo se i na Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) koja je usvojena u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 1979.⁹, koja se vrlo često naziva i međunarodni korpus o pravima žena (eng. *bill of rights for women*). Sastoji se iz Preambule i 30 članova, u kojoj se određuje što se smatra diskriminacijom žena. Tako „izraz „diskriminacija žena” označava svaku razliku, isključenje ili ograničenje učinjeno na osnovi spola kojemu je posljedica ili svrha da ženama ugrozi ili onemogući priznanje, uživanje ili korištenje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom području, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovi jednakosti muškaraca i žena.“

Ova Konvencija upravo i zabranjuje sve što se navodi u određenju izraza „diskriminacija žena“. Konvencija je značajno utjecala na brojna zakonodavstva koja su na osnovu nje morali izmijeniti i prilagoditi svoje porodične zakone i, posljedično tome, početi drukčije uređivati porodične odnose. Ovaj mnogostrani međunarodni ugovor polazi od vrlo sličnih promišljanja država koja su navedena u Preambuli Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, koja je usvojena 13 godina ranije pod istim okriljem Ujedinjenih nacija. U Konvenciji se konstatira da i Povelja Ujedinjenih nacija iz 1945. i Opća deklaracija o ljudskim pravima potvrđuju vjeru u jednaka prava muškaraca i žena te „da su sva ljudska bića rođena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima“¹⁰ i da svakome pripadaju sva prava bez ikakve razlike, uključujući i razliku na osnovi spola. Države stranke međunarodnih paktova o ljudskim pravima¹¹ imaju obavezu osigurati jednaka prava

⁷ Ibid.

⁸ Čl. 2(1) Konvencije.

⁹ Usvojena Rezolucijom br. 34/180 18. decembra 1979. *Official Records of the General Assembly of the United Nations, Thirty-fourth Session, Supplement No. 46 (A/34/46)*, p. 193. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, p. 13. Stupila na snagu 3. septembra 1981. Danas ima 189 stranaka.

¹⁰ Čl. 1. Opće deklaracije o ljudskim pravima; Preambula Konvencije.

¹¹ Uglavnom se misli na oba međunarodna ugovora usvojena iste godine, 1966., Međunarodnome paktu o građanskim i političkim pravima te Međunarodnome paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Danas oba odnosna ugovora predstavljaju najvažnije sastavnice međunarodnoga korpusa

muškaraca i žena u uživanju svih ekonomskih, socijalnih, kulturnih, građanskih i političkih prava.¹² Države, jednako tako, uzimaju u obzir međunarodne konvencije zaključene pod pokroviteljstvom Ujedinjenih nacija i specijaliziranih agencija koje promiču jednakost u pravima muškaraca i žena, konstatirajući također da rezolucije, deklaracije i preporuke usvojene od Ujedinjenih nacija i specijaliziranih agencija promiču jednakost u pravima muškaraca i žena.¹³ Međutim, i pored međunarodnog normativnog okvira, države su u tome vremenu bile zabrinute da uprkos ovim različitim instrumentima na međunarodnoj razini i dalje postoji raširena diskriminacija žena.

Ono što je znakovito za svrhe našega rada jesu uvjerenja većine država u međunarodnoj zajednici u smislu da žene daju veliki doprinos blagostanju porodice i razvoju društva, što do sada nije bilo u potpunosti priznato.¹⁴ Države priznaju društveno značenje majčinstva i ulogu oba roditelja u porodici i u podizanju djece, svjesne da uloga žene u prokreaciji ne treba biti osnova za diskriminaciju, već da podizanje djece zahtijeva zajedničku odgovornost između muškaraca i žena i društva u cjelini.¹⁵ Države su svjesne da je potrebno izmijeniti tradicionalnu ulogu muškaraca kao i ulogu žena u društvu i porodici, kako bi se postigla puna jednakost između muškaraca i žena.¹⁶ Razlog usvajanja jednog ovakvog međunarodnog ugovora leži u odlučnosti država da primijene načela sadržana u Deklaraciji o ukidanju diskriminacije žena¹⁷, te da u tu svrhu usvoje međunarodnoobavezujuće mjere potrebne za uklanjanje takve diskriminacije u svim njenim oblicima i pojavama, i to na svim razinama međunarodnog poretka.

Prema čl. 2. Konvencije, „Države stranke osuđuju diskriminaciju žena u svim njenim oblicima te su saglasne da svim odgovarajućim sredstvima i bez odgađanja, provode politiku uklanjanja diskriminacije žena“¹⁸, a sve s ciljem ostvarivanja potpune jednakosti žena i muškaraca pred zakonima svojih država.¹⁹ Države se obavezuju poduzeti, *inter alia*, uvođenje pravne zaštite prava žena na jednakoj osnovi s muškarcima i preko nadležnih nacionalnih sudova i drugih javnih institucija osigurati uspješnu zaštitu žena od svakog postupka diskriminacije.²⁰ Također se imaju uzdržati od svakog postupka ili prakse diskriminacije žena i osigurati da javne vlasti i institucije postupaju u skladu s ovom obavezom.²¹

ljudskih prava.

12 Preambula Konvencije.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 Deklaracija usvojena u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija Rezolucijom br. A/RES/2263(XXII) 7. novembra 1967., godinu dana nakon usvajanja Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.

18 Čl. 2. Konvencije.

19 Čl. 15(1) Konvencije.

20 Prema čl. 2(1)(c) Konvencije.

21 Čl. 2(1)(d) Konvencije.

Godine 1982. uspostavljen je Odbor za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena u svrhu praćenja primjene Konvencije. Države koje su ratificirale Konvenciju dužne su podnositi periodične izvještaje ovom Odboru. Bosna i Hercegovina je Konvenciju preuzela notifikacijom o sukcesiji 1. septembra 1993., a na snagu je za ovu državu stupila 1. oktobra iste godine i na taj način postala njen obavezujući pravni akt, koja je i sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine.²²

3. Koncept *jus cogens*

U općem smislu, „veliki utemeljitelji međunarodnoga prava razlikovali su dvije vrste normi: prvu, nužno pravo nacija koje obuhvata prirodno pravo [lat. *jus naturale*], i drugu, pozitivno pravo [lat. *jus positum*] koje je stvoreno na osnovu sporazuma i običaja, prijašnje *jus strictum*.“²³ Ranije, u XX. st., Oppenheim i Hall govorili su o fundamentalnim ili univerzalnim načelima međunarodnoga prava čiji su imperativni efekti priznati običajem.²⁴ Naprimjer, Oppenheim navodi da je ugovor koji podržava piratstvo ništavan, jer je protivan „univerzalno priznatim načelima“ međunarodnoga prava.²⁵ Već je tada postalo jasno da imperativne norme sužavaju slobodu i suverenitet država. No, i pored takvog efekta i utjecaja na vanjski suverenitet država, pravni pisci su u svojim djelima koristili izraze poput „fundamentalni“, a u pogledu prava, „neotuđiva“ ili „inherentna“. ²⁶ Mišljenja eminentnih stručnjaka u pravnoj doktrini podržala su stav da egzistiraju *važnija* načela međunarodnoga prava, formirajući tako tijelo *jus cogensa*.²⁷

Koncept *jus cogens* potvrđen je i priznat i u sudskome kontekstu, ponajprije u odluci *French-Mexican Claims Commission* u *Pablo Nájera Case*²⁸ iz 1928, a kasnije i od suca Schückinga Stalnoga suda međunarodne pravde u predmetu *Oscar Chinn*²⁹ 1934. Nastavno na ova dva predmeta, i Međunarodni sud je načinio slična referiranja na *jus cogens* u velikome broju predmeta³⁰, odn. izdvojenih i različitih

22 U ovome kontekstu, vrijedi pomenuti i Bečku deklaraciju i program mjera, koja je usvojena na Svjetskoj konferenciji o ljudskim pravima 25. juna 1993. Usvajanjem jednog ovakvog dokumenta, koji je pospješio naše napore za očuvanje i promicanje glavnih načela iz Povelje Ujedinjenih nacija i Opće deklaracije o ljudskim pravima, nedvosmisleno je proklamirao i prava žena i njihove jednakosti i ravnopravnosti s muškarcima.

23 N. H. B. Jørgensen (2000) *The Responsibility of States for International Crimes*, New York: Oxford University Press, str. 86.

24 *Ibid.*

25 Preneseno iz: K. Hossain (2005) *The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter*, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 3, br. 1, str. 74.

26 I. Brownlie (1998) *Principles of Public International Law*, 5. izd, New York: Oxford University Press, str. 514; Usp. I. Brownlie (1973) *Principles of Public International Law*, 2. izd, Oxford: Clarendon Press/University Press, str. 499-502.

27 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 515. Kurziv kandidata.

28 French-Mexican Claims Commission, *Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, 19 October 1928, R.I.A.A., vol. V, United Nations, 2006, str. 466-508, na str. 472.

29 PCIJ, *The Oscar Chinn Case*, Judgment, Series A./B. F No. 63, 1934.

30 Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (The Netherlands v. Sweden) 1958 I.C.J. 55 (Nov. 28) (Separate Opinion of Judge Quintana); Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India) 1960 I.C.J. 6 (Apr. 12) (Separate Opinion of Judge *ad hoc* Fernandes);

mišljenja sudija Suda.

Već je sudija iz Japana, K. Tanaka u svojem Izdvojenom mišljenju u predmetu *South West Africa* 1966., napisao da ako na međunarodnoj razini predstavimo kategoriju prava, *jus cogens*, imperativno pravo koje predstavlja kontrast *jus dispositivum*, tada pravo o zaštiti ljudskih prava zasigurno može pripadati *jus cogens*.³¹ U parnici o američkome diplomatskome osoblju (eng. *Hostages Case*) Međunarodni sud potvrđuje imperativni karakter pravnih obaveza koje postoje na strani iranske vlade koje nisu promijenjene diplomatskom tenzijom između dvije države.³² Iz ovoga slijedi da *zaštita* diplomatskoga i konzularnoga osoblja jedne države, a posebno osoblja države slanja u državi prijema od strane države prijema, kao i zaštita zgrade diplomatsko-konzularnoga predstavništva, predstavlja kogentno pravilo općega međunarodnoga prava. Isti je Sud u predmetu *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* izrijekom naveo neka pravila koja pripadaju skupini kogentnih normi. To su, prije svega, pravila o zabrani upotrebe sile iz čl. 2. st. 4. Povelje Ujedinjenih nacija kao i temeljna, opća načela humanitarnoga prava.³³ Ističemo da je ova presuda prvo određenje Suda o pravu upotrebe sile i danas služi kao jedno od najautoritativnijih određenja po ovom pitanju.³⁴

Međunarodni sud je u svojem Savjetodavnome mišljenju o zakonitosti prijetnje ili upotrebe nuklearnoga oružja 1996. ustvrdio da načela i pravila humanitarnoga prava jesu dio *jus cogens* prema definiciji iz čl. 53. Bečke konvencije,³⁵ odnosno da konstituiraju neprekršiva načela međunarodnoga običajnoga prava.³⁶

Dvije različite sudske instance, odn. sudovi u Sjedinjenim Američkim Državama i Ujedinjenome Kraljevstvu prihvatili su i zločin torture kao pravilo *jus cogens*. Prvo je američki sud u predmetu *Filartiga v. Pena-Irala* okarakterizirao zabranu torture kao pravilo općega međunarodnoga prava primjenjivo u svim okolnostima³⁷, da bi

South West Africa Case, Second Phase (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) 1966 I.C.J. 6 (July 18) (Separate Opinion of Judge Tanaka); North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark v. Federal Republic of Germany/The Netherlands) 1969 I.C.J. 3 (Feb. 20) (Separate Opinion of Judge Nervo).

31 *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, str. 296.

32 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3, 41; Jednako tako, Međunarodni sud naglašava da iako države nisu u obavezi da održavaju diplomatske ili konzularne odnose, Sud priznaje da su odredbe (ali ne sve!) sadržane u Bečkim konvencijama o diplomatskim (1961.) i konzularnim odnosima (1963.) imperativne obaveze (*Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Request for the Indication of Provisional Measures, Order, 15 December 1979, I.C.J. Reports, 1979*, str. 20 (par. 41).

33 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, str. 100, 114.

34 E. Steinerte, R. M. M. Wallace (2008) *Nutcases: International Law*, 1. izd, London: Sweet & Maxwell, str. 185.

35 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, str. 258.

36 *Ibid*, str. 257.

37 US Circuit Court of Appeals, 2nd Circuit, *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980); (1980) 19 I.L.M. 966, u: D. J. Harris (2004) *Cases and Materials on International Law*, 6. izd, London: Sweet & Maxwell, str. 778-781.

nešto kasnije britanski Dom lordova, u ulozi britanskoga Vrhovnoga suda³⁸, prihvatio *jus cogens* prirodu međunarodnoga zločina torture.³⁹

U pogledu zločina genocida, nama su zanimljive dvije presude, i to ona od 3. februara 2006. i od 26. februara 2007. U predmetu *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)* Međunarodni sud okarakterizirao je zabranu genocida kao peremptornu normu općega međunarodnoga prava.⁴⁰ Ova presuda je interesantna i zbog toga što je Sud presudio da se samo na temelju povrede *jus cogens* norme općega međunarodnoga prava ne može ustanoviti nadležnost ovoga Suda. Sud je ponovno naglasio pravilo da se nadležnost Suda uspostavlja na osnovu suglasnosti država stranaka nekoga pravnoga međunarodnoga spora. Dakle, „Sud smatra nužnim da ponovi da prosta činjenica da su u pitanju prava i obaveze *erga omnes* ili peremptorne norme općeg međunarodnog prava (*jus cogens*) u nekom sporu, ne može, kao takva, konstituirati izuzetak od načela da njegova nadležnost uvijek ovisi o suglasnosti stranaka.“⁴¹ Ovo može značiti sužavanje osnova za uspostavu nadležnosti Suda, odnosno nedovoljnu razvijenost pravila koja reguliraju provedbu, ali i svojevrsno „kažnjavanje“ subjekata međunarodnoga prava koji povrijede *jus cogens* normu. U presudi u predmetu *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Sud je podržao svoj stav iz 1951⁴², a koji je preuzet iz Rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija⁴³, a to je da zločin genocida šokira savjest čovječanstva i rezultira njegovim velikim gubicima, i koji je u suprotnosti s moralnim pravom i duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija.⁴⁴

Također, i ICTY je u predmetu *Kupreškić* cijenio zabranu genocida kao normu *jus cogens*. Naime, ovaj Tribunal je ustvrdio da „mnoge norme međunarodnoga humanitarnoga prava, naročito one koje zabranjuju ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocid predstavljaju također peremptorne norme međunarodnoga prava ili *jus cogens*.“⁴⁵ I nacionalni sud u Državi Izrael je u ovome duhu ustvrdio

38 U predmetu: The House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening)* (No. 3), 1999.

39 N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 88. Usp. ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 153. *et seq.*

40 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6.

41 *Ibid.*, 52; Usp. I. R. Moral (2008) *Nihil Novum Sub Sole Since the South West Africa Cases? On Ius Standi, the ICJ and Community Interests, International Community Law Review 10*, str. 171-197.

42 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, str. 12.

43 Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. 96 (I) od 11. decembra 1946.

44 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, str. 110, par. 161; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Provisional Measures, I.C.J. Reports 1993*, str. 325, na str. 439-440.

45 ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-16, 14. januar 2000, par. 520.

peremptorni karakter prohibicije genocida.⁴⁶

Čini se, da se sa priznavanjem postojanja normi *jus cogens*, međunarodno pravo kreće od klasičnoga horizontalnoga sistema pravila do (stvaranja) suvremenoga vertikalnoga sistema u kojem postoji „hijerarhija pravila u međunarodnome normativnome poretku.“⁴⁷ Pojava ili stvaranje kogentnih normi na međunarodnoj razini stvara normativnu diferencijaciju između različitih vrsta pravila, i prema tome, različitih pravnih obaveza.⁴⁸ Mogućnost postojanja imperativne norme još jedanput sugerira postojanje hijerarhije međunarodnopravnih normi u kojoj su imperativne norme „fundamentalni standardi međunarodne zajednice“.⁴⁹

„*Jus cogens* je norma koja u međunarodnoj hijerarhiji ima viši rang nego ugovorno pravo pa čak i „obična“ pravila običajnoga prava. Najočitija posljedica toga višega ranga jeste da države ne mogu odstupiti od dotičnoga načela ni na osnovu međunarodnih sporazuma niti na osnovu pravila lokalnoga ili specijalnoga običajnoga prava, pa čak ni na osnovu općih pravila običajnoga prava koja nemaju istu normativnu snagu.“⁵⁰

Postoje pravila običajnoga prava koja ne mogu biti stavljena van snage nekim ugovorom, već samo formiranjem sljedstvenoga običajnoga pravila suprotnoga efekta.⁵¹ Fitzmaurice je bio taj koji je „formalno predstavio izraz *jus cogens*“⁵² u svome objašnjenju prava ugovora koji je podnio Komisiji za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija 1958. I. Brownlie piše da je koncept *jus cogensa* prihvatila ILC i inkorporirala ga u čl. 50. Nacrta pravila (Konvencije) o pravu ugovora 1966.⁵³ pri čemu je, kako navodi V. Crnić-Grotić, veliki doprinos ovom pitanju dao Posebni izvjestitelj ILC H. Waldock⁵⁴: „ništav je ugovor ukoliko je u sukobu s imperativnom normom općeg međunarodnog prava od koje nije dopušteno odstupanje i koja se može mijenjati samo kasnijom normom općeg međunarodnog prava istog karaktera.“⁵⁵ Rasprave u ovome smjeru su se nastavile i na zasjedanjima u Beču, na kojim se pokazalo „da bi se neslaganja mogla i politički podijeliti, pa su tako zagovornici

46 *District Court of Jerusalem in Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, Judgment, 1961, I.L.R., vol. 36, str. 5.

47 ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 153.

48 R. Ago, *Fifth Report on State Responsibility*, *Yearbook of the ILC*, 1976, vol. II, Dio prvi, str. 32.

49 ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 154; W. E. Conklin (2012) The Peremptory Norms of the International Community, *European Journal of International Law*, vol. 23, br. 3, str. 838.

50 ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 153.

51 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 515.

52 N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 87.

53 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 516.

54 V. Crnić-Grotić (2002) *Pravo međunarodnih ugovora*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 230.

55 *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, str. 247-249; Jednako tako, *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966*, United Nations, 2005. Cjeloviti tekst Nacrta Pravila o pravu ugovora dost. na: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (od 12. septembra 2020).

koncepta *jus cogens* bile države u razvoju i zemlje istočnoga bloka, dok su rezerve iskazale zapadne zemlje.⁵⁶ Dok su imperativne norme općega međunarodnoga prava fokusirane na obim i dok se prioritet daje određenome broju fundamentalnih obaveza, tako su obaveze prema međunarodnoj zajednici kao cjelini važne za pravne interese svih država u njihovome izvršavanju.⁵⁷

Imperativna norma općega međunarodnoga prava (*jus cogens*)⁵⁸ definirana je na Bečkoj međunarodnoj konferenciji o pravu međunarodnih ugovora usvajanjem Bečke konvencije istoga naziva 1969.⁵⁹ *jus cogens* norma ili „[...] imperativna norma općega međunarodnog prava je norma što ju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica država kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmijeniti samo novom normom općega međunarodnog prava iste prirode.“⁶⁰ U odnosu na nacrt čl. 50, u konačnome čl. 53. propisano je da imperativna norma kao takva mora biti prihvaćena i priznata od međunarodne zajednice država. Zapravo, imperativna norma štiti samu mogućnost pravnoga poretka međunarodne zajednice kao cjeline.⁶¹ Državnicima nisu imuni od procesuiranja za povredu imperativnih normi koja je uperena protiv međunarodne zajednice, utvrđeno je to odlukom britanskoga *House of Lords* u predmetu *Pinochet*.⁶² Obaveze koje izviru ili proizilaze iz imperativnih normi općega međunarodnoga prava su one koje proistječu iz materijalnih pravila ponašanja koja zabranjuju čine koji predstavljaju prijetnju opstanku država i njihovim narodima i najosnovnijim ljudskim vrijednostima.⁶³

Ovaj dio otvara određene kontroverze u pogledu nadležnosti za prepoznavanje i priznavanje da neka norma ima snagu i prirodu imperativne norme općega međunarodnoga prava. Ovim se ponovno poteže pitanje pojmovnoga određenja međunarodne zajednice država i međunarodnih organizacija.⁶⁴ Je li ona *per se* subjekt međunarodnoga prava, tj. može li se uopće smatrati nositeljem međunarodnih prava i obaveza? Ili konkretnije, ko ima nadležnost u međunarodnoj zajednici odrediti pravnu prirodu neke norme međunarodnoga prava?

S ovim u vezi, u međunarodnopravnoj teoriji postoje različita poimanja međunarodne zajednice.⁶⁵ U vezi s prvim pitanjem prenosimo Deganovo razumijevanje da je još uvijek „preuranjeno pripisivati međunarodnoj zajednici

56 V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 231.

57 J. Crawford (2002) *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, str. 244.

58 V. u: N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 85-99.

59 United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331. Usvojena 22. maja 1969., stupila na snagu 27. januara 1980. U vrijeme pisanja ovoga rada broji 116 država stranaka. (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 30/72).

60 Čl. 53. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.

61 W. E. Conklin (2012) *The Peremptory Norms of the International Community*, *European Journal of International Law*, vol. 23, br. 3, str. 860; J. Crawford (2002) *op. cit.*

62 *R v. Bartle* [1999] 2 All ER 97, [1999] 2 WLR 827 (HL).

63 J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 246.

64 U tome duhu je i članak: W. E. Conklin (2012) *op. cit.*, str. 837-861.

65 O ovome pišu: V. Đ. Degan (2011) *Međunarodno pravo*, Zagreb: Školska knjiga, str. 205-208; B. Krivokapić (2011) *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd: Službeni glasnik, str. 65-66. Također, v. W. E. Conklin (2012) *op. cit.*, str. 847-860.

svojstvo subjekta međunarodnoga prava. Ona kao takva još uvijek ne može biti izravnim nositeljem prava i dužnosti po međunarodnome pravu, niti može isticati djelotvorne zahtjeve u vlastito ime.⁶⁶ Na drugo pitanje nema jednoznačnoga odgovora. Kako međunarodnome pravu nedostaju proceduralna ili postupovna pravila, koja bi definirala razne vrste pravnih postupaka, otuda i pitanje bismo li se mogli složiti s činjenicom da bi takvo odlučivanje moglo biti u legitimnoj nadležnosti Generalne skupštine Ujedinjenih nacija? Dakle, ne Vijeća sigurnosti, u kojem dominiraju pet velikih svjetskih sila, nego u svjetskoj skupštini, ako je intencija doslovno tumačiti odredbu čl. 53. u dijelu u kojem se kaže da čitava međunarodna zajednica mora prihvatiti i priznati da je neka norma *jus cogens*. No, s druge strane, ovo može predstavljati i prejaku tvrdnju s obzirom na Povelju UN.

Da li bi takvo što moglo biti učinjeno putem deklaracije u kojoj će se proklamirati važno međunarodnopravno načelo ili, pak, usvajanjem višestranoga međunarodnoga ugovora na međunarodnoj diplomatskoj konferenciji u okviru Ujedinjenih nacija? Da li bi otuda usvajanje deklaracije ili, pak, konvencije značilo prihvatanje određene prakse država u ovome pogledu, čime bi se potvrdilo postojanje običajnoga pravila? Odnosno, da li se *jus cogens* norma stvara običajnim pravom? I konačno, postoji nesporna tvrdnja da prihvatanje i priznavanje može doći i u formi presude Međunarodnoga suda.⁶⁷

Načelo *jus cogens* prihvaćeno je i u čl. 53. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija iz 1986. Ovaj član sadrži potpuno istovjetnu definiciju kogentne norme, što znači potvrdu u vezi s čl. 41. Nacrta Pravila o odgovornosti država za međunarodne protupravne čine. Otuda i međunarodne organizacije mogu, kao i države, pravno odgovarati za povredu kogentne norme općeg međunarodnoga prava.

Kako smo vidjeli, čl. 53. ne sadrži ilustrativne primjere, da li taksativno ili *exempli gratia*, koji bi se odnosili na norme *jus cogens*. Čl. 53. stoga više opisuje ovu normu, kao i većina drugih pravila međunarodnoga prava. No, iako ne postoji „jasno definiran sadržaj pravila *jus cogens*“⁶⁸, posebno ne na jednome mjestu, u međunarodnoj zajednici ipak postoji opće slaganje da *jus cogens* čine pravila o zabrani upotrebe sile od država, odn. zabrani agresije⁶⁹, zabrani genocida, zločina protiv čovječnosti, *apartheida*⁷⁰, torture⁷¹, piratstva, trgovine ljudima, te

66 V. Đ. Degan (2011) *op. cit.*, str. 207.

67 Suci Međunarodnoga suda imaju veliku ulogu i važnost u primjeni normi, ali i u potpunijem razumijevanju postojećih pravila međunarodnoga prava. Vid. S. R. S. Bedi (2007) *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

68 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 74.

69 J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 246.

70 „Države stranke osuđuju napose rasnu segregaciju i *apartheid* i obavezuju se da sprječavaju, zabranjuju i iskorjenjuju na područjima pod njihovom sudbenošću svaku praksu te prirode.“ (prema čl. 3. Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1966.).

71 Tako, ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, str. 58-61. (eng). Usp. P. Sands (2006) *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, London: Penguin Books, str. 38.

načelo samoodređenja naroda⁷², načelo *rasne nediskriminacije*, temeljna načela humanitarnoga prava.⁷³ I očuvanje prava etničkih, vjerskih i jezičnih grupa potvrđena su u Mišljenju br. 10.⁷⁴ Arbitražne komisije za bivšu Jugoslaviju kao kogentna načela općega međunarodnoga prava.⁷⁵ Ista Komisija u Mišljenju br. 1. ustvrđuje da „peremptorne norme općeg međunarodnog prava i, osobito, poštivanje temeljnih prava pojedinaca i prava naroda i manjina, vezuju sve stranke sukcesije.“⁷⁶ Potvrdu da običajno pravo stvara *jus cogens* nalazimo u stajalištu, a u dijelu diskutiranja o običajnome pravu ljudskih prava i *jus cogens*⁷⁷, da nisu sve norme iz oblasti ljudskih prava peremptorne, nego samo: genocid, ropstvo ili trgovina robljem, ubijanje ili uzrokovanje nestanka pojedinaca, tortura ili drugi okrutni, nehumani ili ponižavajući postupak ili kažnjavanje, prolongirano arbitrarno zatočenje, te sistematska rasna diskriminacija.⁷⁸ U istome se dokumentu predviđa da svi međunarodni sporazumi koji krše navedena ljudska prava jesu ništavni⁷⁹, iz razloga što se „protive fundamentalnim normama međunarodne javne politike.“⁸⁰ Također, primjećujemo da je prihvaćen argument da i Povelja Ujedinjenih nacija „utjelovljuje norme fundamentalne važnosti, što korespondira s *jus cogens* pravilima.“⁸¹

I M. C. Bassiouni ističe da su zločin genocida i zločini protiv čovječnosti norme *jus cogens* naravi.⁸² C. W. Henderson drži da *jus cogens* znače nepovredive norme

72 Posebno v. *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, str. 90, na str. 102, par. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 2004, str. 136; Također v. Deklaraciju o načelima međunarodnoga prava glede prijateljskih odnosa i suradnje između država u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija, usvojenu Rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih nacija, br. 2625 (XXV) od 24. oktobra 1970, Peto načelo (Europa-Institut of Saarland University (ed.) (2014) *Public International Law. Selected Documents*, vol. IV, str. 176-177).

73 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 515. i 517; V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 227; Ove prakse su zabranjene u široko potvrđenim međunarodnim ugovorima.

74 Svih deset mišljenja ove Arbitražne komisije postala su 1991. i 1992. dijelom međunarodnoga prava.

75 Tč. 4. Mišljenja br. 10, 4. juli 1992., I.L.M. (*International Legal Materials*), br. 6/1992.

76 Mišljenje br. 1, tč. 1 (e), 29. novembar 1991., I.L.M., br. 6/1992.

77 O običajnome pravnome pravilu, normama *jus cogens* te ljudskim pravima šire u: J. Tasioulas (2016) *Custom, Jus Cogens, and Human Rights*, u: C. A. Bradley (ed.) *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge: Cambridge University Press, str. 95-116.

78 US, Restatement of the Law: Third Restatement of U.S. Foreign Relations Law, vol. 2 (1987), str. 165, u: D. J. Harris (2004) *op. cit.*, str. 773.

79 *Ibid*, str. 774.

80 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 74; Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo dala je sljedeće primjere ugovora koji bi činili povredu *jus cogens* norme općega međunarodnoga prava: „a) ugovor koji se tiče protupravne upotrebe sile koja je protivna načelima Povelje, b) ugovor koji se tiče činjenja nekog drugog krivičnoga djela prema međunarodnome pravu; i c) ugovor koji se tiče ili povlađuje činjenju takvih čina kao što su trgovina robljem, piratstvo ili genocid, u suzbijanju u kojem je svaka država pozvana da surađuje ... ugovori koji krše ljudska prava, jednakost država ili načelo samoodređenja [...]“ (*ILC Yearbook*, 1966, vol. II, str. 248).

81 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 85.

82 M. C. Bassiouni (1999) *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2. izm. izd, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, str. 392-393. Nav. prema: M. Lehto (2009) *Indirect Responsibility for Terrorist Acts: Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, str. 181.

kojima se države (i međunarodne organizacije) moraju povinovati bez izuzetka, i da toj skupini pripadaju zabrana genocida, ropstva, agresivnoga rata, torture, kao i svako drugo krivično djelo.⁸³ No, također drži da egzaktan izvor takve norme nije potpuno jasan, ali da većina autoriteta smatra da se *jus cogens* norme razvijaju od sredine XX. st. na bazi temeljnih normi koje predstavljaju vrhovno, nepovredivo pravo.⁸⁴ Komisija UN za međunarodno pravo u svojim komentarima smatra da bi bilo pogrešno razmatrati da su norme *jus cogens* nepromjenjive i neprikladne za modifikaciju u svjetlu budućega razvoja međunarodnoga prava.⁸⁵ Dakle, vidimo, da se i one mogu mijenjati, ali samo novom imperativnom normom općeg međunarodnoga prava. No, vjerujemo, iako postoji potonja mogućnost, da se *jus cogens* norme koje zabranjuju određena djela neće mijenjati u budućnosti, odnosno da će zabrana izvršenja odnosnih protupravnih djela uvijek pripadati kogentnome pravu.

Shodno prethodno navedenome, postoje tri, odnosno četiri uvjeta koja bi trebala biti ispunjena. Prvo, norma bi trebala biti norma općeg međunarodnoga prava, što znači da je obavezujuća za veliku većinu država – stoga je partikularno međunarodno pravo isključeno.⁸⁶ Drugo, norma treba biti prihvaćena i prepoznata od međunarodne zajednice država kao cjeline da ima nederogativnu snagu – pri tome, nije nužno da sve države, s ovim u vezi, imaju isti stav, već da *većina* država utemelji peremptornu normu koja će biti obavezujuća za *sve* države.⁸⁷ I treće, peremptorna norma nije podložna derogaciji, što ne predstavlja samo preduvjet već i posljedicu djelovanja peremptorne norme.⁸⁸ To zapravo znači da države i međunarodne organizacije od ovih normi „ne smiju odstupati pod bilo kojim okolnostima.“⁸⁹ K. Hossain dodaje ovim kriterijima i četvrtu odrednicu, a to je da se ova norma može mijenjati isključivo novom normom istoga statusa.⁹⁰ Kako navode J. Wouters i S. Verhoeven, države ne mogu poduzimati kontramjere kojim bi se kršile ove norme međunarodnoga prava, čak i kada jedna država drugoj nanese štetu kršeći takvu normu – također, i situacije nužde, hitnosti ili samoodbrane ne predstavljaju opravdanje za povredu norme koja je u pitanju.⁹¹

U međunarodnome pravu vrlo je aktuelno pitanje mogućnosti ekspanzije nacionalnih jurisdikcija u smislu nacionalnih presuđivanja u predmetima povreda *jus cogens* normi i ljudskih prava te da li je takvo što uopće prihvatljiv razvojni kurs

83 C. W. Henderson (2010) *Understanding International Law*, Pondicherry (India): Wiley-Blackwell, str. 74.

84 *Ibid.*

85 Prema: H. Fox (2007) *Time, History, and Sources of Law Peremptory Norms: Is There a Need for New Sources of International Law?*, u: M. Craven, M. Fitzmaurice, M. Vogiatzi, *Time, History and International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, str. 122.

86 J. Wouters, S. Verhoeven (2005) The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide, *International Criminal Law Review* 5, str. 402.

87 *Ibid.*, str. 403. Kurziv kandidata.

88 *Ibid.*

89 S. Knuchel (2011) State Immunity and the Promise of *Jus Cogens*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 9, br. 2, str. 153.

90 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 76.

91 J. Wouters, S. Verhoeven (2005) *op. cit.*, str. 403.

ili bi se ovakvo presuđivanje ipak trebalo ostaviti međunarodnome pravosudnome sistemu?⁹² Pitanje je odista kontroverzno, kao što prikazuju i promišljanja sudija u predmetu *Arrest Warrant* pred Međunarodnim sudom. Sudije Higgins, Kooijmans i Burgenthal odbijaju sugestiju da se bitka protiv nekažnjavanja vodi isključivo u međunarodnim ugovorima i tribunalima, u kojoj nacionalni sudovi neće imati ovlaštenja⁹³, dok je, s druge strane, sudija Guillaume izrazio svoju zabrinutost da će neograničeno izvršavanje nadležnosti nad međunarodnim zločinima od strane sudova svake države u svijetu stvoriti rizik od stvaranja sveukupnoga sudskega haosa.⁹⁴ Ovo, jednim dijelom, u sferi normi *jus cogens* i njihova poštivanja i kažnjavanja za njihove povrede, predstavlja suštinsko pitanje i dilemu koja će se zasigurno trebati rješavati, posebno u pogledu stranih suverenih imuniteta u slučajevima teških povreda ljudskih prava, kada postoji *opinio juris* da su prohibicije takvih povreda *jus cogens*. Ovo, također, stoga što je Međunarodni sud u predmetu *Arrest Warrant* presudio na način da *jus cogens*, *per se*, ne dovodi do učinka u smislu negiranja imuniteta stranih država⁹⁵ ili stranih dužnosnika⁹⁶ pred nacionalnim sudovima država. Također, u pravnoj literaturi se može naići na mišljenje da suverenitet države i prohibicija povrede *jus cogens* predstavljaju istaknute setove normi u današnjem međunarodnom pravu.⁹⁷

Dakle, vidimo „da takva pravila [norme *jus cogens*] bez sumnje postoje, ali da u njihovu određivanju i ocjeni njihovog učinka valja biti oprezan i restriktivan [...]”.⁹⁸ S druge strane, Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. izražava postojeće pravo kada utvrđuje postojanje *jus cogens* pravila kao jedne kategorije pravnih pravila koje stranke uvijek moraju poštivati i koja su uvijek dio općega međunarodnoga prava.⁹⁹ A. Pellet ima gledište da danas niko nema ozbiljnih sumnji da norme *jus cogens* imaju stvarnu posebnost među pravilima međunarodnoga prava te da su se prijašnja protivljenja ovome konceptu pokazala neutemeljenima.¹⁰⁰ Svakako da afirmativni prilog tvrdnji ovoga francuskoga znanstvenika predstavlja međunarodna i nacionalna sudska praksa koju smo u gorenavedenih nekoliko pasusa obradili.

92 S. Knuchel (2011) *op. cit.*, str. 182.

93 *Ibid*; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *I.C.J. Reports* 2002, str. 3, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal, str. 78-79, par. 51.

94 S. Knuchel (2011) *op. cit.*, str. 182; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *I.C.J. Reports* 2002, str. 3, Separate Opinion of President Guillaume, str. 44, par. 15.

95 V. u ovome značenju: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 2012, str. 9.

96 U ovome smislu šire u: D. Akande, S. Shah (2010) Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, *European Journal of International Law*, vol. 21, br. 4, str. 815-852. Usp. A. J. Colangelo (2013) Jurisdiction, Immunity, Legality, and *Jus Cogens*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, br. 1, str. 53-91.

97 A. J. Colangelo (2013) *op. cit.*, str. 90.

98 V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 232; I. Brownlie (1990) *Principles of Public International Law*, 4. izd, Oxford: Oxford University Press, str. 513.

99 V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 234.

100 A. Pellet (1999) Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! *European Journal of International Law*, vol. 10, izd. 2, str. 428.

A contrario, kao što je međunarodna arbitraža osnovana radi rješavanja spora o razgraničenju na moru između Guinea Bissau i Senegala nerado priznala postojanje imperativnih pravila svojom presudom iz 1989.¹⁰¹ tako i H. Fox drži da postoji neadekvatnost sadašnjih izvora međunarodnoga prava, sadašnjih učesnika (subjekata) u međunarodnome pravu, njegovoj sadržini, kao i neadekvatnost u provodivosti *imperativnih normi* u sadašnjem sistemu pravila međunarodnoga poretka. Ona, stoga, predlaže „alternativna rješenja u cilju vrhunske provodivosti peremptorne norme“¹⁰² kako bi se izbjegla njezina ispraznost i poboljšala njezina implementacija u suvremenome međunarodnome pravu. A. Bianchi drži da se koncept *jus cogens* normi danas nalazi pod prijetnjom. Nesigurnost leži ne samo u načinu rada ove normativne kategorije, već i u stalnim tendencijama da se ova kategorija proširuje, čime bi se, bez pažljivoga razmatranja da li se cijela međunarodna zajednica slaže s takvom karakterizacijom u pojedinim primjerima, rizikovalo podriivanje kredibiliteta *jus cogens* kao pravne kategorije.¹⁰³

Iako postoje pisci koji pišu da su koncepti *erga omnes* i *jus cogens* zapravo različite strane iste kovanice, nalazimo također i na gledište da norme *jus cogens* uvijek predstavljaju obaveze *erga omnes*, dok obrnuto ne važi – da obaveze *erga omnes* istovremeno predstavljaju normu *jus cogens*.¹⁰⁴ Međutim, a ranije smo to pomenuli, ukoliko čitamo nalaze Međunarodnoga suda u predmetu *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* uspostavićemo zaključak da činjenica što prava i obaveze *erga omnes* ili imperativne norme općega međunarodnoga prava (*jus cogens*) predstavljaju težište spora ne može, sama po sebi, dovesti do izuzetka od načela da nadležnost Suda uvijek ovisi o pristanku strana u sporu.¹⁰⁵ Jednako tako, možemo zaključiti da se načelo *erga omnes* kod međunarodnih obaveza vezuje za njihovo djelovanje, odnosno za implementaciju pravila međunarodnoga prava, dakle, za međunarodno izvršno/implementacijsko pravo, dok se norme *jus cogens*, s druge strane, vezuju za priznatu hijerarhijsku strukturu koja umnogome govori o pravnoj naravi međunarodnoga prava. Također, nećemo pogriješiti ako ustanovimo da se načelo univerzalne nadležnosti u međunarodnome pravu odnosi uglavnom na povredu obaveza *erga omnes*, odnosno normi *jus cogens*.

* * *

101 Prema: V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 234; Arbitration Tribunal for the Determination of the Maritime Boundary, *Guinea-Bissau/Senegal*, 31 July 1989, Geneva. Arbitražna odluka dost. na: www.icj-cij.org/docket/files/82/11289.pdf (od 12. marta 2014).

102 H. Fox (2007) *op. cit.*, str. 129-139.

103 A. Bianchi (2008) Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*, *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, str. 505-507.

104 J. Wouters, S. Verhoeven (2005) *op. cit.*, str. 408; Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo je također zauzela gledište da su kogentne norme uža kategorija od obaveza *erga omnes* (V. Report of the ILC on the Work of its Fiftieth Session, G.A.O.R., 53. session, 1998, Supplement No. 10 (A/53/10), str. 145; N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 97).

105 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, str. 6, na str. 52, par. 125.

U zaključku ovoga dijela možemo nesporno ustvrditi da „koncept međunarodnoga *jus cogens* danas uživa rasprostranjeno prihvatanje među međunarodnim piscima, te su o njemu raspravljali s odobravanjem mnogi međunarodni, regionalni i lokalni sudovi.“¹⁰⁶ Ovaj koncept sada prihvataju i mnoge države, tako da ovo sve mogu biti razlozi za (još) veće prodiranje koncepta *jus cogens* u pravo o odgovornosti država i međunarodnih organizacija. Međutim, naučne debate o prirodi, obimu i sadržaju peremptornih normi i danas su vrlo česte i aktualne.¹⁰⁷ Međunarodni pravници još uvijek se ne mogu složiti o posebnom kriteriju koji bi se koristio za identifikaciju *jus cogens* normi – čak se iz pravne prakse i bogate akademske literature o ovoj temi zaključuje da su pravници veoma daleko od postizanja općeg razumijevanja ovoga pitanja.¹⁰⁸ Oni pisci koji podržavaju postojanje *jus cogens* normi u suvremenome međunarodnome pravu govoriće da ove norme deriviraju iz prirodnoga prava, da one predstavljaju međunarodni ustav, da su ove norme izraz međunarodnoga javnoga reda ili, pak, da štite zajedničko dobro međunarodne zajednice.¹⁰⁹

4. Diskriminacija kao povreda *jus cogens*?

Afrička komisija za ljudska prava i prava naroda primijetila je da „Zajedno s jednakošću pred zakonom i jednakom zakonskom zaštitom, načelo nediskriminacije predviđeno čl. 2. Povelje¹¹⁰ daje osnovu za uživanje svih ljudskih prava“¹¹¹. Drugim riječima, ovaj naglasak na jednakosti i nediskriminaciji proizlazi iz temeljnog pojma urođene prirode i dostojanstva svih osoba, a poricanje jednakosti je poricanje samog temelja ljudskih prava.¹¹² Valjalo bi istaknuti da konvencije koje se odnose na zabranu rasne diskriminacije i na zabranu diskriminacije žena izostavljaju odredbe koje se mogu derogirati, odnosno od kojih se može odstupiti, podržavajući tako ideju da zabrana diskriminacije u hijerarhiji posjeduje superiorni status u međunarodnome pravu ljudskih prava, budući da je to oblik teškog uskraćivanja ljudskih prava.¹¹³ Međutim, mora se priznati da praksa država nije bila tako povoljna u odnosu na zabranu diskriminacije po osnovi spola, jezika ili religije, iako je u teoriji i temeljem

106 E. J. Criddle, E. Fox-Decent (2009) A Fiduciary Theory of Jus Cogens, *The Yale Journal of International Law*, vol. 34: 331, str. 339.

107 *Ibid.*

108 U. Linderfalk (2012) What Is So Special About Jus Cogens? – On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law, *International Community Law Review* 14, str. 9.

109 *Ibid.*, str. 10.

110 Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda, usvojena 1. juna 1981., stupila na snagu 21. oktobra 1986.

111 African Commission on Human and Peoples' Rights, Decision of 15 May 2006, *Zimbabwe NGO Human Rights Forum v. Zimbabwe*, Communication No. 245/2002, par. 169.

112 D. Shelton, *Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability*, Report, Strasbourg, 21 September 2005, CDL-UD(2005)020rep, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) in the framework of the Activities of the Portuguese Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe in co-operation with the University of Coimbra, *Ius Gentium Conimbrigae Centre*, the Faculty of Law & the International Association of Constitutional Law, Seminar: The Status of International Treaties on Human Rights, p. 21.

113 *Ibid.*, str. 19.

Povelje Ujedinjenih nacija takvom obliku diskriminacije potrebno pridati sličnu važnost.¹¹⁴ Upravo je Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena popraćena najširim i najčešćim rezervama od bilo kojeg instrumenta o ljudskim pravima.¹¹⁵

S druge strane, Međuamerički sud¹¹⁶ je zaključio da „smatra da načelo jednakosti pred zakonom, jednake zaštite pred zakonom i nediskriminacije pripada *jus cogens*, jer na njemu počiva čitava pravna struktura nacionalnog i međunarodnog javnog poretka i osnovni je princip koji prožima sve zakone.“¹¹⁷ Sud je citirao 19 ugovora i 14 instrumenata mekog prava o načelu nediskriminacije, nalazeći da, uzevši svih njih zajedno, predstavljaju dokaz o postojanju univerzalne međunarodne obaveze da se poštuju i garantiraju ljudska prava bez ikakve diskriminacije.¹¹⁸ U predmetu *RM v. the Attorney General*, Visoki sud Kenije oslonio se na Opći komentar br. 18¹¹⁹ o nediskriminaciji Odbora za ljudska prava Ujedinjenih nacija za svrhe određenja da je zabrana diskriminacije imperativna norma općeg međunarodnog prava.¹²⁰ Bečka deklaracija drži da je zabrana diskriminacije fundamentalno pravilo međunarodnoga prava ljudskih prava.¹²¹ Nediskriminacija je jednako tako neposredna obaveza država u njihovu izvršavanju ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava.¹²² No, što je u ovome smislu s izvršavanjem od strane država građanskih i političkih prava?

Slijedom navedenoga, možemo li tvrditi da je međunarodna zajednica jednoglasna u razmatranju zabrane rasne diskriminacije kao obaveze *erga omnes*, odnosno je li naučno uputno zaključiti da je načelo nediskriminacije na osnovi rase norma *jus cogens*, uz gledište da međunarodna zajednica još uvijek nije postigla konsenzus o kogentnoj naravi zabrane diskriminacije zasnovane na motivima koji nisu rasna diskriminacija, u smislu da zabrana diskriminacije po drugim osnovima, poput roda, spola i seksualne pripadnosti, još uvijek nije dosegla razinu statusa *jus cogens*? Ovo

114 *Ibid*, str. 14.

115 *Ibid*. Do sada je blizu 70 država stranaka Konvencije uložilo rezerve ili deklaracije u pogledu primjene ovoga ugovora.

116 Međuamerički sud za ljudska prava osnovan 1979. temeljem Američke konvencije o ljudskim pravima (Pakt iz San José-a) (usvojena 22. novembra 1969., stupila na snagu 18. jula 1978.) i ima sjedište u San José, Republika Kostarika.

117 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, par. 101. Usp. s A. Bianchi (2008) *op. cit.*, str. 506. Jednako tako, v. H. Charlesworth, C. Chinkin (1993) The Gender of Jus Cogens, *Human Rights Quarterly*, vol. 15, no. 1, str. 63-76.

118 D. Shelton, *Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability*, Report, Strasbourg, 21 September 2005, CDL-UD(2005)020rep, p. 6.

119 Human Rights Committee, general comment No. 18 (1989) on non-discrimination, *Official Records of the General Assembly, Forty-fifth Session, Supplement No. 40*, vol. I (A/45/40 (Vol. I)), annex VI, sect. A, para. 1.

120 *RM v. Attorney-General*, Civil Case No. 1351 2002 (O.S.), Judgment of 1 December 2006, High Court of Kenya at Nairobi, [2006] eKLR, p. 18.

121 D. Shelton, *Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability*, Report, Strasbourg, 21 September 2005, CDL-UD(2005)020rep, p. 14.

122 *Ibid*, str. 21.

nas pravnorazumski vodi pitanjima postoji li stoga *hijerarhija oblika diskriminacije*, odnosno hijerarhija osnova nejednakoga tretmana, te da li se otuda diskriminacija na osnovi rase smatra znatno ozbiljnijom od ostalih oblika diskriminacije?¹²³ Na kraju ovoga dijela bi valjalo odrediti da, uostalom, ako zabrana diskriminacije po osnovima roda, spola i seksualnoga opredjeljenja još uvijek ne predstavlja *jus cogens*, ovakvo što ne umanjuje osnovni značaj i važnost zabrane nejednakoga tretmana i postupanja, kao i, ne samo *de jure*, već i *de facto* neravnopravne zaštite svih osoba u međunarodnom pravu ljudskih prava.

5. Kratki historijski pregled statusa i prava žena

Niko ne bi osporio da je historija porodičnoga prava obilježena brojnim diskriminatornim pravilima prema kojima je žena bila u puno lošijem položaju u odnosu na muškarca, isto kao što su i djeca jedno vrijeme bila obespravljena samom činjenicom da nisu imala status pravnoga subjekta.¹²⁴ Žene i djeca su pretrpjeli značajnu pravnu i društvenu diskriminaciju. U staroj Grčkoj udate žene su uglavnom radile u domaćinstvu, s tim da su neke od njih bile obrazovane i uživale su društveno priznanje. U Sparti žene nisu uživale građanska prava, ali su neke od njih imale pravo raspolagati vlastitim novcem. Emancipacija se odvijala kroz određene profesije (glumice, pjevačice, ljekari, pjesnici, sportisti i sl.). U Starom Rimu žena je bila potpuno ovisna o mužu (*dominus*) i nije sudjelovala u društvenom životu, ali je imala određenu reputaciju kao glava domaćinstva i gazdarica (*domina*). U Rimskom carstvu o braku je odlučivao *pater familias* (otac obitelji) na temelju očinske vlasti (*patria potestas*, muška glava porodice (obiteljski starješina s muške strane)). Moć muškarca ili njegov autoritet nad osobama koje je posjedovao bila je neupitna. Međutim, od 25. godine žena je u osnovi bila slobodna da odluči hoće li se udati. Brak se u Rimu mogao sklopiti u dva oblika – *cum manu* (potpuna vlast nad ženom i njenom imovinom) i *sine manu* (žena je mogla zadržati vezu s ranijom porodicom i raspolagati svojom imovinom), a o tome je odlučivao budući suprug. U rimskoj religiji, određene djevojke (svećenice božice Veste), morale su ostati u celibatu, a imale su poštovan položaj.¹²⁵ Pred kraj Rimskog carstva, prava žena su porasla tako da su mogle same utjecati na politički život, kao i na pitanje da ili se udati i razvesti.

Rano kršćanstvo je doprinijelo jačanju ženskih prava i njihove neovisnosti. Biblija - posebno Djela apostolska - spominje brojne „snažne žene“ čiji status nadilazi onaj koji je u to vrijeme bio uobičajen. U kasnoj antici, međutim, bilo je pokreta koji su se tome suprotstavljali.

123 Usp. H. Charlesworth (2002) Concept of Equality in International Law, in: G. Huscroft, P. Rishworth (ed.) *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law*, Oxford: Hart Publishing, p. 143.

124 V. detaljnije: J. Maywald, *Recht haben und Recht bekommen*, dostupno na: https://www.kita-fachtexte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/KiTaFT_maywald_II_2014_1_.pdf, str. 5 *et seq.* (od 1. oktobra 2020.).

125 V. detaljnije: P. Škevin (2016) *Vestalke*, diplomski rad, Rijeka: Sveučilište u Rijeci, Filozofski fakultet, <https://repository.ffri.uniri.hr/islandora/object/ffri%3A607/datastream/PDF/view> (od 1. oktobra 2020.).

Mada je danas široko rasprostranjeno mišljenje da žene u islamu imaju loš položaj, teško tu tezu možemo potvrditi. Islamske reforme iz VII. st. značajno su poboljšale ženska prava što se tiče zakona o braku, razvodu i nasljeđivanju. U drugim kulturama, uključujući Europu, žene nisu imale ni blizu takva prava, već su ih uglavnom dobile stoljećima kasnije.¹²⁶ Islam uvodi zabranu čedomorstva, posebno zabranjuje ubijanje djevojčica nakon rođenja, a ženama se priznaju sva prava (pravo da odluči da li će sklopiti brak, pravo na miraz, pravo na razvod, ličnu imovinu, stječe nasljedna prava, pravo na obrazovanje i dr.).

U pogledu Savezne Republike Njemačke i Republike Francuske, vodećih zemalja Europske unije, taj razvoj je išao jako sporo.¹²⁷ Tek u toku Francuske revolucije potkraj XVIII. st. nastaju tzv. ženski klubovi koji se bore za građanska prava žena, ravnopravnost, mogućnost izbora i sl. Žene nisu smjele biti politički aktivne, njihova prava na obrazovanje i rad su bila ograničena, nisu mogle zaključivati pravne poslove bez saglasnosti muža ili očeva, a postojala su i druga brojna ograničenja. Ni *Code Civile* (francuski građanski zakonik) njihov položaj nije popravio. Slično je i u Njemačkoj, u kojoj zemlji Njemački građanski zakonik nije poboljšao prava žena. Zadržan je patrijarhalni sistem prema kojem je muž odlučivao o svim bitnim pitanjima porodičnoga života.¹²⁸ Tek u decembru 1953. Ustavni sud Savezne Republike Njemačke je utvrdio da su muž i žena ravnopravni. Međutim, zakonodavna reforma je uslijedila tek nekoliko godina kasnije, a određena pitanja su riješena tek decenijama kasnije.¹²⁹

Valjalo bi odrediti da su zakonodavci nastojali odgovoriti na zahtjeve za što većom slobodom, ravnopravnosti, zabrani diskriminacije, odnosno uvođenjem jednakosti. Međutim, i pored zakona koji ne vrše diskriminaciju, čak izbjegavaju razlikovanje muža i žene, već se govori o bračnim partnerima, u porodičnom pravu i dalje postoje određeni vidovi diskriminacije. Ta diskriminacija se ne ogleda više u tome da je sama norma diskriminatorna, već indirektno kroz njenu primjenu u praksi.

126 E. Holthöfer (1997) *Die Geschlechtvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, in: U. Gerhard (Hrsg.) *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München, str. 390–451.

127 Detaljnije: <https://www.humanresourcesmanager.de/news/frauenrechte-arbeit-letzte-100-jahre.html> (od 1. oktobra 2020.); A. Kleszcz-Wagner (1998) *Frauen in Frankreich: heiß geliebt und politisch kaltgestellt*, in: B. Hoecker (ed.) *Handbuch Politische Partizipation von Frauen in Europa*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden; L. Adler (1993) *Les femmes politiques*, Paris: Seuil; Epreuves des faits Edition.

128 U par. 1354 BGB stajalo je doslovno: „Muž odlučuje u svim zajedničkim pitanjima bračnoga života; on posebno određuje mjesto stanovanja i stan.“

129 Naprimjer, tek 1977. žena u Saveznoj Republici Njemačkoj dobija pravo da zajedno s mužem odlučuje o načinu vođenja domaćinstva i to kroz izmjenu par. 1356, koji je do tada glasio: „Supruga vodi domaćinstvo u sopstvenoj odgovornosti. Ona je ovlaštena da radi ukoliko je to usaglašeno s njenim obavezama prema porodici i domaćinstvu.“

6. Vrste diskriminacije u porodičnom pravu

S obzirom da o spolnoj diskriminaciji možemo govoriti u jako širokom obimu, počev od same Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije **žena**, koja u svome nazivu vjerovatno dovodi u neravnopravan položaj muškarce, preko komparativnoga istraživanja u smislu da diskriminaciju pronalazimo u nekim drugim pravnim sistemima i tradicijama, u kojima je, naprimjer, dozvoljena poligamija i sl., a radi preglednosti rada, ovdje ćemo načiniti analizu samo određenih pitanja diskriminacije.

6.1. Roditeljska briga i staranje kod djece rođene izvan braka

1.1.1. Status djece

Veći dio moderne historije vanbračna djeca su pretrpjela značaju pravnu i društvenu diskriminaciju. Iako se polazi od toga da je diskriminacija vanbračne djece dio naše prošlosti, jer je upravo zaštita djece bila u fokusu raznih mnogostranih međunarodnih ugovora koji su utjecali na nacionalna zakonodavstva i međunarodnu, odnosno europsku sudsku praksu, ipak to nije baš tako u praksi. Sva djeca, pa tako i vanbračna, su nositelji svih temeljnih ljudskih prava te, pored toga, uživaju posebna prava s obzirom na njihove specifične osobine. Međutim, i danas su prisutne predrasude prema vanbračnoj djeci, mada je taj društveni problem znatno smanjen. Na društvene promjene znatno je utjecao porast razvoda brakova, što dovodi do porasta jednoroditeljskih domaćinstava i pomajki. Nadalje, sve veći broj parova se odučuje na život bez sklapanja braka, što dovodi do većega broja djece rođene izvan braka.¹³⁰ U posljednje vrijeme raste i broj LGBT porodica. Pored toga, napredak tehnologije, medicine i biologije dovodi do činjenice da je sastav porodičnih jedinica postao raznolikiji. Sve ovo zajedno je na određeni način dovelo do osporavanja samoga značenja porodice. Primjera radi, većina stanovništva Sjedinjenih Američkih Država je 2008., dakle ne tako davno, vjerovala da je porast broja vanbračnih rođenja važan društveni problem, što danas više nije slučaj. Tamo gdje te predrasude postoje, iste moraju biti eliminirane kroz djelovanje državnih organa, naprimjer sudova, koji imaju obavezu zaštititi djecu od stigme „nelegitimnosti“. Država je tako dužna zaštititi djecu od ekonomske, socijalne i psihičke štete uzrokovane diskriminacijom vanbračne djece.

Europska konvencija o pravnom položaju djece rođene izvan braka iz 1975.¹³¹, koja se tiče izjednačavanja statusa djece rođene u braku i one koja su vanbračna, bavi se pravnim položajem roditelja i djece. Slično tome, Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta iz 1989.¹³² prepoznaje važnost uloge roditelja, te u svome

130 Prema: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/_inhalt.html (od 1. oktobra 2020.). U Saveznoj Republici Njemačkoj je 2019. 33 % djece rođeno vanbračno. Godine 2001. taj procenat je iznosio 17 %, a 1971. samo 7,2 %. U Sjedinjenim Američkim Državama je statistika slična – 36,5 % djece žive samo s majkom koja nije udata. Podaci dostupni na mrežnoj stranici: https://de.wikipedia.org/wiki/Kindheit_und_Jugend_in_den_Vereinigten_Staaten.

131 Konvencija usvojena pod okriljem Vijeća Europe, stupila na snagu 1978. (ETS, no. 085).

132 Konvencija usvojena Rezolucijom br. 44/25 u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989., stupila na snagu 2. septembra 1990. (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p. 3).

čl. 5. od država članica zahtijeva poštivanje odgovornosti, prava i dužnosti roditelja da se ponašaju na način koji je u skladu s razvojnim sposobnostima djeteta, te daje odgovarajuće smjernice u ostvarivanju prava djeteta priznatih u ovoj Konvenciji. Polazeći od toga da djeca ne žive u vakuumu, već u porodici, i da je važan dio njihove zaštite upravo ta porodična zajednica, bez obzira u kojem obliku ona bila, porodica uživa odgovarajuće i jednako pravno priznanje i zaštitu. Djetetu je jednako diskriminirajuće ograničiti zakonsko roditeljstvo ili uskratiti zakonska prava i odgovornost značajnih njegovatelja, kao i djetetu dodijeliti drukčiji status i zakonska prava u skladu s okolnostima njihova rođenja ili odgoja.

6.1.1.1. Briga i staranje o vanbračnom djetetu

Naši porodični zakoni određuju da je djetetova majka žena koja ga je rodila. Majka njen status ne mora dokazivati; ona je u pravilu poznata (lat. *mater semper certa est*). Ranije čak nije bilo potrebno ni ovo konstatirati, ali s obzirom na medicinska dostignuća i mogućnost vještačke oplodnje, čak i utvrđivanje materinstva postaje pravno pitanje. Status oca je drukčiji. Postoji pravna pretpostavka da je otac onaj na koga brak ukazuje (lat. *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*). Međutim, šta kada majka nije u braku? Jedan od najinteresantnijih slučajeva koji ukazuju na položaj muškarca je predmet *Görgülü protiv Njemačke*.¹³³ Ovdje se radilo o turskome državljaninu koji je bio u vanbračnoj zajednici s njemačkom državljanicom koji nakon raskida zajednice saznaje da je ona bila trudna, da je dobila dijete i da je to dijete dala na usvajanje. Nakon dogogodišnje borbe (od 1999. do 2008.), otac je uspio dobiti pravo da živi sa svojim djetetom. U tome slučaju Europski sud za ljudska prava je našao da biološki roditelji imaju prednost pred drugim. Otac se u ovome slučaju gotovo 10 godina morao boriti i voditi postupke da bi mu se na kraju priznalo pravo na brigu i staranje o djetetu. Nakon što je utvrđeno njegovo očinstvo i nakon što mu je dozvoljen kontakt s djetetom od strane Općinskoga suda Wittenberg (njem. *Amtsgericht Wittenberg*), civilni senat Vrhovnog pokrajinskog suda Naumburg mu je to poništio, tako da je postupak vođen više puta pred navedenim sudovima, Ustavnim sudom, i na kraju pred Europskim sudom za ljudska prava. Samo su nevjerovatna istrajnost i očinska ljubav dali snagu Kazimu Görgülü da izdrži ovu pravnu borbu, koju je pred Sudom u Strasbourgu pokrenuo kao aplikant 2001. Ovaj primjer ukazuje na diskriminaciju muškarca, oca, a možda i na diskriminaciju na osnovi porijekla ili vjeroispovijesti, međutim tim pitanjima se u ovome dijelu rada nećemo baviti. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena odnosi se na zabranu njihove diskriminacije, ali kada je riječ o porodici, u tome slučaju ne smije postojati nikakva diskriminacija, budući da ona ne samo da dovodi u nepovoljan položaj jednog od roditelja ili djeteta, već sigurno nije u najboljem interesu djeteta, a ovo načelo je, nedvojbeno, ideja vodilja brojnih međunarodnih ugovora.

Muškarac koji nije u braku može imati, odnosno vrlo često i ima, brojne negativne posljedice u pogledu njegovih prava na brigu i staranje o djetetu. Ravnopravnost nije

¹³³ European Court of Human Rights, *Görgülü versus Germany*, Application no. 74969/01, Judgment, 26 February 2004.

osigurana već u momentu rođenja djeteta. Roditeljski odnos se zasniva na različite načine, budući da kod očeva koji nisu u braku nemamo zakonsku petpostavku. Otac koji želi da prizna dijete zavisi od saglasnosti majke i, eventualno, djeteta, a vođenje postupaka može trajati određeni period. Za svo to vrijeme može mu biti uskraćen kontakt s djetetom. Ovdje imamo i diskriminaciju bračne i vanbračne djece, s obzirom da vanbračno dijete svo to vrijeme nema prema kome ostvariti priznata mu prava i obaveze.

Poseban problem predstavlja „neznanje“ muškarca da je postao ocem. Informaciju o tome ko je otac djeteta u pravilu ima majka. Prema porodičnom zakonu majka može pred matičarom dati izjavu o tome koga smatra ocem djeteta, ali tu informaciju jednako tako može i uskratiti. Svakako da ovo ne ide u prilog ravnopravnome položaju muškarca i žene.

I na kraju, vrhunac diskriminacije muškaraca predstavlja činjenica da oni vrlo često nisu uključeni u donošenje odluke o začeću ili o prijekidu trudnoće, a snose sve posljedice u vezi s odlukom koju umjesto njih donese žena.

1.1.1.2. Razvedeni roditelji

U postupku razvoda braka donosi se odluka o tome s kim će živjeti maloljetno dijete toga bračnoga para ili dijete nad kojim se ostvaruje roditeljsko staranje nakon punoljetstva, odlučuje se o djetetovim osobnim odnosima s roditeljem s kojim neće živjeti, o izdržavanju i o ostalim sadržajima roditeljskoga staranja.¹³⁴ Tome prethodi postupak posredovanja u kojem se donosi zaključak koji služi kao osnov za konačno donošenje odluke od strane suda.¹³⁵ Osnovno pravilo je da se roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu, a da se o djetetu stara jedan roditelj samo u slučajevima ako je drugi roditelj preminuo, proglašen umrlim, ako je spriječen da se stara, ako je nepoznatoga boravišta, ako mu je oduzeto roditeljsko staranje, ili mu je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost.¹³⁶ Međutim, nakon razvoda braka zajedničko staranje često nije moguće realizirati na način kako bi to za dijete bilo najbolje, jer, u konačnici, dijete ne može u isto vrijeme živjeti i s jednim i s drugim roditeljem. S kim će dijete živjeti treba utvrditi sud rukovodeći se načelom najboljega interesa djeteta. U ovome se slučaju postavlja pitanje šta je to u najboljem interesu djeteta, ali već ovdje nedostaje definicija i nedostaju objektivni kriteriji. Pojam „najbolji interes“ se općenito odnosi na dobrobit djeteta. Problem predstavlja način određivanja te dobrobiti. Postoje smjernice koje nam govore da se najbolji interes treba utvrditi na osnovu individualnih okolnosti, kao što su dob, nivo zrelosti djeteta, prisustvo ili odsustvo roditelja, sredina u kojoj dijete raste i sl., imajući u vidu odredbe Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i druge međunarodne norme. Međutim, i pored toga, mi i dalje ne znamo što bi za dijete

¹³⁴ N. Traljić, S. Bubić (2001) *Porodično pravo*, Sarajevo: Magistrat, str. 88.

¹³⁵ S. I. Panov (2018) *Porodično pravo*, ix. izd., Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 138-141.

¹³⁶ S. Bubić, N. Traljić (2007) *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 146.

bilo bolje i često ne znamo što dijete osjeća. Organ starateljstva kao i sud u principu samostalno određuju s kim će dijete ostati živjeti. Posljedica je da u 81 % slučajeva djeca ostaju da žive s majkom.¹³⁷ U nekim slučajevima je to sigurno opravdano, u drugim sigurno nije. Sam omjer 19 % naspram 81 % nam pokazuje da je položaj očeva i ovdje jako loš.

Otac ostaje otac i nakon razvoda, ali smo vrlo često svjedoci slučajeva da majke s kojima djeca u pravilu ostaju živjeti to zaboravljaju. Često upravo majke ne žele da djeca nakon razvoda braka imaju kontakt s očevima. Razlog je što ne uspijevaju svoje partnerske probleme staviti po strani i graditi roditeljski odnos, nego svoje sukobe nastavljaju koristeći dijete kao instrument za borbu. Potrebe djeteta tada svakako padaju u drugi plan, pa otuda možemo odrediti da ovakva praksa doprinosi i diskriminaciji djece u braku i one čiji su roditelji razvedeni. Dijete je genetski proizvod oba roditelja, tako da je u njegovom interesu da ima i drugog roditelja u svome životu.¹³⁸

1.1.1.3. Izdržavanje

Pravo na izdržavanje osigurava djetetovu egzistenciju. Ono je zagarantirano i Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima djeteta na način da osigurava pravo djeteta na odgovarajući životni standard. Radi se o obavezi koju prvenstveno imaju roditelji. Nakon razvoda braka, u pravilu, roditelj s kojim dijete živi svoju obavezu izvršava na način da dijete njeguje i odgaja, a drugi roditelj ima obavezu novčanoga doprinosa. Ovdje, također, pronalazimo diskriminatorne elemente u pogledu određivanja visine izdržavanja. Različita praksa sudova u pogledu određivanja visine doprinosa za izdržavanje djeteta ogleda se u tome što nedostaju objektivni kriteriji. Sud u skladu s finansijskim mogućnostima roditelja koji se obavezuje na plaćanje alimentacije, a imajući u vidu potrebe djeteta, utvrđuje visinu izdržavanja prema slobodnoj procjeni. Naravno, postoji i mogućnost sporazumnoga odlučivanja o visini izdržavanja djeteta pred nadležnim organom starateljstva, pri čemu bi upravo taj organ morao voditi računa o objektivnosti toga sporazuma. I u jednom i u drugom slučaju možemo ustvrditi da ne postoji objektivizacija kriterija za određivanje visine izdržavanja djeteta, te da i u slučaju postojanja istovjetnih kriterija, utvrđena visina izdržavanja može biti potpuno drukčija. Dakle, pronalazimo postojanje različitoga tretmana osoba koje su u analognoj ili relativno istoj situaciji, dok, istovremeno, ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav različit tretman. Navedeni problem ne rješava ni Federalno ministarstvo rada i socijalne politike (za područje Federacije Bosne i Hercegovine) koje jednom godišnje, najkasnije do 1. marta tekuće godine, utvrđuje podatke o prosječnim potrebama osobe koja zahtijeva izdržavanje, imajući u vidu troškove života, koji se opet ravnaju prema prosječnoj plati. Kako bi se diskriminacija djece izbjegla, neophodno je da se pristupi objektiviziranju kriterija za određivanje visine izdržavanja djeteta, po uzoru na Saveznu Republiku Njemačku

137 *Žene i muškarci u BiH*, Tematski bilten (2018) Sarajevo, str. 35-40. Dostupno na mrežnoj stranici: http://www.bhas.ba/tematskibilteni/FAM_00_2017_TB_0_BS.pdf (od 14. septembra 2020.).

138 <https://www.poliklinika-djeca.hr/aktualno teme/konfliktne-razvod-i-otudjenje-od-roditelja-dijete-u-sredistu-sukoba/> (od 3. oktobra 2020.).

(*Düsseldorfer Tabelle*) gdje se tačno, imajući u vidu visinu primanja i godine djeteta, utvrđuje i visina izdržavanja. U konačnici, isto važi i za problem vezan za izdržavanje bračnoga partnera.

1.1.1.4. Putni dokumenti

Diskriminacija se nadalje vrši u odnosu na roditelja s kojim dijete ne živi u postupku izdavanja putnih dokumenata za maloljetno dijete. Zahtjev za izdavanje putne isprave za maloljetno dijete u pravilu podnosi jedan od roditelja uz saglasnost drugoga roditelja, međutim, ako je jednom od roditelja, odlukom suda, dodijeljeno starateljstvo nad djetetom, u toj situaciji taj roditelj može dobiti putnu ispravu za dijete bez saglasnosti drugoga roditelja, osim u slučaju da istom odlukom suda izdavanje putne isprave i putovanje djeteta u inozemstvo nije uvjetovano saglasnošću oba roditelja.¹³⁹

Ovakvo zakonsko rješenje zasigurno ima svoje opravdanje upravo iz razloga što jedan od roditelja vjerovatno nije bio zainteresiran da dâ takvu saglasnost samo da bi napravio problem drugom roditelju. Međutim, takvu situaciju ne možemo promatrati kao pravilo i zanemariti sve druge elemente vezane za prava roditelja. Roditeljsko pravo se vrši sporazumno i ravnopravno, i u pogledu prava i dužnosti prema djetetu roditelji imaju isti položaj. Činjenica da roditelji ne žive zajedno ne znači istovremeno i prestanak roditeljskoga prava. Za neke uobičajene rednje podrazumijeva se da će roditelj s kojim dijete živi donositi odluke, no izdavanje putne isprave svakako ne spada u poslove svakodnevnoga života. Porodični zakon propisuje da

„ako roditelji ne žive u porodičnoj zajednici, roditeljsko staranje ostvaruje roditelj s kojim dijete živi. U slučaju kada je drugi roditelj spriječen da se stara o djetetu, ili je nepoznatog boravišta, ili ne izvršava obavezu izdržavanja, ili je nedostupan, roditelj s kojim dijete živi samostalno odlučuje o zaštiti osobnih, imovinskih i drugih interesa djeteta i nije potrebna saglasnost drugog roditelja.“¹⁴⁰

U skladu sa st. 3. istoga člana, roditelj s kojim dijete ne živi obavlja pojedine dužnosti, a naročito da se stara o zdravlju djeteta i njegovom školovanju, te učestvuje u donošenju svih važnijih odluka vezanih za dijete. Dakle, pravilo je da oba roditelja učestvuju u donošenju bitnih odluka, a samo iznimno to pravo može biti preneseno na samo jednog roditelja. I ovdje, dakle, imamo diskriminatorne elemente u odnosu na roditelja s kojim dijete ne živi.

139 Prema čl. 18. Zakona o putnim ispravama Bosne i Hercegovine („Sl. glasnik BiH“, br. 4/1997, 1/1999, 9/1999, 27/2000, 32/2000, 19/2001, 47/2004, 53/2007, 15/2008, 33/2008, 39/2008 – ispr. i 60/2013).

140 Čl. 142. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine („Sl. novine FBiH“, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US).

6. Zaključak

Na temelju istraživanja, uočavamo podjelu u radu na dva segmenta. Prvi je međunarodnopravno određenje diskriminacije, one rasne i drugih oblika diskriminacije, kao i propitivanje je li diskriminacija *jus cogens*, dok smo u drugome dijelu rada doista uočili i predstavili osnovne elemente diskriminacije u porodičnom pravu i porodičnim odnosima na primjeru Bosne i Hercegovine. Čini se da možemo ustvrditi da je međunarodna zajednica jednoglasna u razmatranju zabrane rasne diskriminacije kao obaveze *erga omnes*, odnosno da jeste naučno uputno zaključiti da je načelo nediskriminacije na osnovi rase norma *jus cogens*. S druge strane, čini se da međunarodna zajednica država još uvijek nije postigla konsenzus o kogentnoj naravi zabrane diskriminacije zasnovane na motivima koji nisu rasna diskriminacija, u smislu da zabrana diskriminacije po drugim osnovima, poput roda, spola i seksualne pripadnosti, još uvijek nije dosegla razinu statusa *jus cogens*. Ovo nas pravnorazumski vodi nalazima da još uvijek postoji *hijerarhija oblika diskriminacije*, odnosno hijerarhija osnova nejednakoga tretmana, te da se otuda diskriminacija na osnovi rase od međunarodne zajednice država vjerovatno smatra znatno ozbiljnijom od ostalih oblika diskriminacije. Međutim, ako zabrana diskriminacije po osnovima roda, spola i seksualne orijentacije još uvijek ne predstavlja *jus cogens*, ovakvo što ne umanjuje osnovni značaj i važnost zabrane nejednakoga tretmana i postupanja, kao i, ne samo *de jure*, već i *de facto* neravnopravne zaštite svih osoba u međunarodnom pravu ljudskih prava. Dakle, prvu glavnu hipotezu koja je glasila: *zabrana diskriminacije leži u osnovi svakog poštivanja i uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda svakog ljudskog bića* smatramo da smo ju prema iznesenoj argumentacijskoj liniji dokazali u radu. Glede druge polazne tvrdnje u smislu da zabrana rasne i svih drugih oblika diskriminacije predstavlja *jus cogens*, držimo da ju na ovome stepenu razvoja međunarodnopravnoga poretka i savremenog međunarodnog shvaćanja nismo uspjeli cjelovito potvrditi. No, izgledno je da daljnji razvoj, tumačenje i percepcija drugih oblika diskriminacije (po drugim osnovima) ide ka toj sveobuhvatnoj zaštiti, snazi i učinku koji ostvaruje *jus cogens*.

Zabranu diskriminacije nalazimo i u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini i upravo smo se kroz ovaj rad bavili pitanjem da li je diskriminacija relikat prošlosti ili se radi o pojavi s kojom se i danas susrećemo i koja zahtijeva nova *de lege ferenda* rješenja. S ovim u vezi primijetili smo da se u porodičnome pravu prvenstveno radilo na tome da žene dobiju ista prava i istu ulogu u bračnoj zajednici, kao što su je imali muškarci. I čini se da je ta vrsta diskriminacije zaista otklonjena, patrijarhalni model braka i muška dominacija su ukinuti i zamijenjeni su principom ravnopravnosti. Direktne vidove diskriminacije u Bosni i Hercegovini ne možemo utvrditi, međutim, čini se da je indirektna diskriminacija ipak prisutna. Temeljem u radu propitivanih oblasti porodičnih odnosa prikazali smo većinu manifestacijskih oblika diskriminacije, a poglavito diskriminaciju muškaraca u uvjetima roditeljske brige i staranja kod djece rođene izvan braka. Stoga smo i treću glavnu hipotezu dokazali – da se određeni elementi diskriminacije uočavaju u porodičnom pravu i porodičnim odnosima u Bosni i Hercegovini.

Larisa Velić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Zenica

Enis Omerović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zenica

**DISCRIMINATION AS A VIOLATION OF *JUS COGENS*?
ITS FORMS IN FAMILY LAW AND FAMILY RELATIONS:
THE EXAMPLE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary: An analysis of the provisions of two multilateral international treaties relating to the definition and prohibition of discrimination and to international obligations of states and other international legal entities deriving from international conventions leads us to analyze the concept of an imperative norm of general international law (*jus cogens*) not only racial discrimination, but also other forms of discrimination, based on other grounds or motives, such as sex, gender or sexual orientation, whether they fall within the scope of *jus cogens* or go towards this special hierarchy of norms of international law. This is important for the reason in which and in what form international organizations and states should act in any instance of discrimination.

The enjoyment of the rights and freedoms provided for in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and numerous international treaties and other international acts is guaranteed to all persons in that State, without discrimination on any grounds, such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, belonging to a national minority, property, birth or other status, such as disability, age, marital and family status, sexual orientation and gender identity, health status, place of residence, economic and social situation. We also find the prohibition of discrimination in family laws in Bosnia and Herzegovina, and it is through this paper that we address the question of whether discrimination is a relic of the past or a phenomenon that we still encounter today and that requires new *de lege ferenda* solutions. In this regard, we will note that in family law, the primary focus was on giving women the same rights and the same role in the marital union as men. And it seems that this kind of discrimination has really been eliminated, the patriarchal model of marriage and male domination have been abolished and thus replaced by the principle of equality.

We cannot identify direct forms of discrimination, however, it seems that indirect discrimination is still present. The state thus, for example, did not provide single mothers with mechanisms for collecting alimony from fathers who were not interested in paying it. Here we refer to the positive obligation of the state to provide effective protection against serious threats to significant elements of the right to family life. The question is whether mothers in Bosnia and Herzegovina can count on their alimony to be determined according to criteria that will be objective or whether

the amount of alimony will depend on the judge's decision or the representative of the center for social work who will propose it. The difference in the treatment and determination of the amount of alimony, under the same or similar conditions, certainly leads to illicit discrimination. The paper also deals with the issues of the right to care for a child after divorce in the sense of whether discrimination of men occurs through this discretionary issue. Equally, within the given framework of the subject of our research, we also deal with the possibility of men to „decide“ on the question of whether they want offspring. A feature in this context is also the right of a parent who does not live with the child to contact him. This problem occurs within the state, and becomes even more complex when one of the parents leaves Bosnia and Herzegovina and establishes his stay in another state.

Keywords: equality, discrimination, *jus cogens*, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, right to care for a child, alimony requirements