

HRVATSKA AKADEMIJA ZNANOSTI I UMJETNOSTI
ZNANSTVENO VIJEĆE ZA DRŽAVNU UPRAVU, PRAVOSUĐE I VLADAVINU PRAVA

**IDENTITET U
PREKOGRANIČNIM
PRIVATNOPRAVNIM
ODNOSIMA**



ZAGREB, 2021

**Nakladnički niz : Modernizacija prava
/ urednik nakladničkog niza akademik
Jakša Barbić**

Knj. 1: Strategija reforme pravosudnog sustava : okrugli stol održan 12. prosinca 2005. Zagreb, 2006.

Knj. 2: Reforma hrvatske državne uprave : okrugli stol održan 31. siječnja 2006. Zagreb, 2006.

Knj. 3: Nacionalni program suzbijanja korupcije : okrugli stol održan 10. ožujka 2006. Zagreb, 2006.

Knj. 4: Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja : okrugli stol održan 07. lipnja 2006. Zagreb, 2006.

Knj. 5: Reforma pravnog obrazovanja : okrugli stol održan 30. siječnja 2007. Zagreb, 2007.

Knj. 6: Modernizacija hrvatskoga stvarnog prava : okrugli stol održan 25. travnja 2007. Zagreb, 2007.

Knj. 7: Pristupanje Republike Hrvatske Europskoj uniji - ograničenje suverenosti i afirmacija državnosti : okrugli stol održan 19. lipnja 2007. Zagreb, 2007.

Knj. 8: Građanskopravna odgovornost u medicini : okrugli stol održan 27. veljače 2008. Zagreb, 2008.

Knj. 9: Hrvatska država i uprava : stanje i perspektive : okrugli stol održan 26. i 27. ožujka 2008. Zagreb, 2008.

Knj. 10: Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda : okrugli stol održan 02. travnja 2009. Zagreb, 2009.

Knj. 11: Nova hrvatska lokalna i regionalna samouprava : okrugli stol održan 23.-24. ožujka 2010. Zagreb, 2010.

Knj. 12: Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske : okrugli stol održan 16. prosinca 2010. Zagreb, 2010.

Knj. 13: Izbori zastupnika u Hrvatski sabor i referendum : okrugli stol održan 4. veljače 2011. Zagreb, 2011.

Knj. 14: Oblici demokracije : okrugli stol održan 6. lipnja 2011. Zagreb, 2011.

Knj. 15: Republika Hrvatska u Europskoj uniji : okrugli stol održan 27. listopada 2011. Zagreb, 2011.

Knj. 16: Ustavi i demokracija: strani utjecaji i domaći odgovori : okrugli stol održan 7. prosinca 2011. Zagreb, 2012.

Knj. 17: Vrijednosti suvremenog društva – Hrvatska u XXI. stoljeću : okrugli stol održan 20. ožujka 2012. Zagreb, 2012.

Knj. 18: Hrvatski pravni sustav : okrugli stol održan 14. lipnja 2012. Zagreb, 2012.

Knj. 19: Ustavna demokracija i odgovornost : okrugli stol održan 22. studenoga 2012. Zagreb, 2013.

Knj. 20: Jezik u pravu : okrugli stol održan 8. svibnja 2013. Zagreb, 2013.

Knj. 21: Intelektualno vlasništvo i sveučilište : okrugli stol održan 23. svibnja 2013. Zagreb, 2013.

Knj. 22: Profili hrvatskog kaznenog zakonodavstva : okrugli stol održan 20. lipnja 2013. Zagreb, 2014.

Knj. 23: Hrvatsko insolventijsko pravo : okrugli stol održan 14. studenoga 2013. Zagreb, 2014.

Knj. 24: Konstitucionalizacija demokratske politike : okrugli stol održan 18. prosinca 2013. Zagreb, 2014.

Knj. 25: Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka : okrugli stol održan 5. svibnja 2014. Zagreb, 2014.

Knj. 26: Upravnopravna zaštita okoliša: okrugli stol održan 23. listopada 2014. Zagreb, 2015. i poseban otisak

Knj. 27: Nova upravno-teritorijalna organizacija Hrvatske : okrugli stol održan 6. ožujka 2015. Zagreb, 2015.

Knj. 28: Pravna zaštita šuma : okrugli stol održan 16. travnja 2015. Zagreb, 2015.

Knj. 29: Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj : okrugli stol održan 11. svibnja 2015. Zagreb, 2016.

OKRUGLI STOL
IDENTITET U PREKOGRANIČNIM
PRIVATNOPRAVNIM ODNOSIMA

Modernizacija prava
Knjiga 63

Glavni urednik serije:
Akademik Jakša Barbić

Adresa uredništva:
Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti
Znanstveno vijeće za državnu upravu,
pravosuđe i vladavinu prava

Dobriša Skok
dobskok@yahoo.com; tel. 01 4895 165

Zagreb, Trg Nikole Šubića Zrinskog 11, 10000 Zagreb
Tel. 01 4895 169

ISBN 978-953-347-436-6

CIP zapis dostupan je u računalnome katalogu Nacionalne i sveučilišne
knjižnice u Zagrebu pod brojem 001120692.

HRVATSKA AKADEMIJA ZNANOSTI I UMJETNOSTI
Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava

IDENTITET U PREKOGRANIČNIM PRIVATNOPRAVNIM ODNOSIMA

Okrugli stol održan 25. veljače 2021.

Uredili:

Akademik Jakša Barbić
Prof. dr. sc. Mirela Župan

16 

HAZU
1861 – 2021
Zagreb, 2021.

SADRŽAJ

Predgovor Jakša Barbić	7
I. OTVARANJE OKRUGLOG STOLA	
Jakša Barbić	13
II. UVODNA IZLAGANJA	
Kristina Peternai Andrić Teorije o tvorbi identiteta	17
Mira Lulić, Davor Muhvić Pravo na identitet u sustavu ljuskih prava s posebnim osvrtom na selektivnu praksu Europskoga suda za ljudska prava	47
Mirela Župan Osobni statut u funkciji kontinuiteta fizičkih osoba	77
Ines Medić Identitet i ime u prekograničnom pravnom prometu	115
Ivana Kunda Prekogranična provedba prava na zaštitu osobnih podataka u Europskoj uniji	141
Dora Zgrabljčić Rotar Mjerodavno pravo za povrede prava osobnosti pravnih osoba	171
Tena Hoško Transrodne osobe u prekograničnom prometu osoba	203
Dunja Duić, Martina Drventić Identitet djece u praksi europskih sudova	225
III. RASPRAVA	
Mira Lulić	263
Dora Zgrabljčić Rotar	264
Mirela Župan	265

IV. ZATVARANJE OKRUGLOG STOLA

Jakša Barbić	269
---------------------------	-----

PREDGOVOR

Na svom 52. okruglom stolu Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti raspravilo je važnu temu iz područja međunarodnog privatnog prava i o tome objavilo 52. knjigu u nakladničkom nizu Modernizacija prava. Taj je okrugli stol bio održan u povodu donošenja Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Bio je to opći pristup tom važnom području prava. Okrugli stol na temu identiteta u prekograničnim privatnopravnim odnosima stoga je nastavak rasprava vođenih iz područja međunarodnog privatnog prava, početak obrade pojedinih pitanja s tog područja. U ovoj, 63. knjizi spomenutog nakladničkog niza objavljuju se uvodna izlaganja i nakon njih vođena rasprava na okruglom stolu održanom 25. veljače 2021.

Tu smo temu odabrali za obradu jer je kretanje pojedinca preko granice danas široko prihvaćeno. To nas stavlja pred brojne pravne dileme zbog toga što se pojedinac koji prelazi granice susreće s različitim jurisdikcijama, pravnim porecima koje napušta i onima na područje primjene kojih dolazi. Svatko ima pravo na osobni identitet, pravo da bude što jest, kakvim se sam vidi. Europski sud za ljudska prava stavio je identitet fizičke osobe u područje primjene članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, što utječe na tumačenje identiteta u brojnim pitanjima iz područja međunarodnog privatnog prava.

Kod fizičkih osoba temeljno je pitanje u kojoj mjeri na identitet osobe utječe preseljenje. Hoće li se osobna stanja fizičke osobe koja se kreće preko granice prosuđivati po pravnom sustavu njezina državljanstva, prebivališta ili boravišta? Nije rijedak slučaj da se ime kao jedna od temeljnih odrednica osobnog identiteta promijeni prelaskom preko državne granice. Sve to otvara više pitanja za koja se traže odgovori. Može li se u ime zaštite identiteta osobe odstupiti od tradicionalnog pravila identifikacije koje države koriste za svoje državljane? Hoće li takvo postupanje diskriminirati osobe s dvojnim ili višestrukim državljanstvom narušavajući njihov identitet stečen po drugom državljanstvu? Jednom stečeni status oca ili majke djeteta ili pak u inozemstvu promijenjeni spol dio su identiteta neke osobe. Znači li to da država čije državljanstvo osoba nosi treba automatski priznati svaku tako učinjenu promjenu? Ta se pitanja osobito nameću kod priznavanja statusa djece rođene u zamjenskom majčinstvu te kod transrodnih osoba. Identitet se kao argument često nameće u rješavanju statusnih pitanja djece migranata, o čemu postoji bogata

praksa Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava. Prekogranična provedba prava na zaštitu osobnih podataka u Europskoj uniji otvara pravna pitanja zbog suvremene brze pokretljivosti osobnih podataka putem informacijskih tehnologija. Jedno od pravnih pitanja koja treba raspraviti jest i povreda prava osobnosti pravnih osoba.

To su neka od pitanja na koja čitatelji u ovoj knjizi mogu naći odgovore. Oni su im ponuđeni u uvodnim izlaganjima na okruglom stolu.

Identitet nije jednoznačan pojam. Esencijalističke tradicionalne teorije polaze od sadržaja i stvaraju stereotipe na kojima se temelje genocid i netrpeljivost. Anti-esencijalističke teorije polaze od toga da je identitet promjenjiva kategorija. Riječ je o skupu obilježja koja privremeno određuju neku grupu i mijenjaju se u različitom prostoru i vremenu. Čitatelji mogu u knjizi naći zanimljiva razmišljanja o tome i o važnosti jezika u tvorbi identiteta i za uspješnu komunikaciju.

Pravo na identitet u sustavu je ljudskih prava, pa je bilo predmetom odluka Europskog suda za ljudska prava. O tome se govori u ovoj knjizi: definiranju kompleksnog pojma identiteta, pronalaženju identiteta u odredbama međunarodnog prava i izazovu sužavanja bogate i raznovrsne prakse Europskog suda za ljudska prava. Odredbe o identitetu i pravu na identitet nalaze se u brojnim međunarodnim ugovorima i deklaracijama. U knjizi se navode ti izvori i tipične odredbe o tome. Može se pročitati zanimljiv izbor odluka Europskog suda za ljudska prava o zaštiti identiteta u vezi s pravom na privatni život.

U vezi s identitetom postavlja se pitanje poveznica (državljanstva, prebivališta i uobičajenog boravišta) kao mjerila identiteta fizičkih osoba. U vezi s time u knjizi se mogu naći razmišljanja o osobnom statutu u međunarodnom privatnom pravu. Raspravljaju se pravci fleksibilizacije i govori o igri kolizijskih pravila, osipanju jedinstvenog osobnog statuta, personalnom statutu, igri poveznica, potiskivanju državljanstva, uobičajenom boravištu, stranačkoj autonomiji i dr. Iznose se i novi pravci rješavanja međunarodno obilježenih odnosa koje propitkuje suvremena doktrina: globalno, društveno-humanističku perspektivu kojom metode međunarodnog privatnog prava odgovaraju na pitanja kulturnih i pravnih različitosti, monopol države za statusna prava svojih građana i doktrine, propise i praksu međunarodnog privatnog prava otvorenu za nove društvene i pravne fenomene.

Posebno se obrađuju ime i identitet u prekograničnom pravnom prometu. Osobno ime jedan je od javnih oblika osobnog identiteta, jedan od ključnih elemenata njegova utvrđenja. U tome se razlikuju nacionalna prava, a Europska unija evoluirala i pretvara se i u socijalnu asocijaciju, što je vrlo važno. Tome se prilazi zaštitom temeljnih sloboda i ljudskih prava i zaštitom na privatni život. Pravo na

zaštitu imena u prekograničnom prometu ostaje u domeni nacionalnih prava. U knjizi se iznose stajališta Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije i uspoređuje s praksom nacionalnih sudova. Otvara se i pitanje pronalaska boljih mehanizama zaštite u inozemstvu. O tim i drugim otvorenim pitanjima može se pročitati u knjizi.

U vezi s identitetom i njegovom zaštitom važno je i kako se prekogranično provodi pravo na zaštitu osobnih podataka u Europskoj uniji. O tome postoji Uredba o zaštiti osobnih podataka u Europskoj uniji koja se prikazuje u knjizi. Iznose se mjerila po kojima se pruža zaštita na temelju Uredbe. Širi se domet pružene zaštite, o čijim mjerilima čitatelji mogu u knjizi naći korisne podatke.

U knjizi se može pročitati i o mjerodavnom pravu za povrede prava osobnosti pravnih osoba. Iznosi se kolizijskopravno uređenje povrede prava osobnosti pravnih osoba prema europskom pravu i ističe koje su povrede isključene iz polja primjene Uredbe Rim II. Govori se o autonomnim hrvatskim kolizijskim pravilima. Predmet razmatranja jest i primjena poveznice *lex loci damni* u sporu zbog povrede prava osobnosti pravne osobe. Čitatelji mogu pročitati i o odgovoru na dva pitanja: kako odrediti mjerodavno pravo za povrede prava osobnosti pravne osobe primjenom Uredbe Rim II i hoće li se i kako unificirati kolizijska pravila za povrede prava osobnosti pravne osobe u Europskoj uniji.

Zanimljivo i intrigantno područje jest postupanje transrodnih osoba u prekograničnom pravnom prometu. U vezi s time čitatelji se mogu upoznati s pojmom transrodnosti, mjerodavnim pravom za spol/rod i nebinarnim oznakama roda. Raspravljaju se priznanje promjene oznake spola, sklapanje braka ili drugih životnih zajednica, majčinstvo i očinstvo i dr. Kako u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu o tome nema izričitog kolizijskog pravila, u knjizi se mogu naći razmišljanja o tome kako popuniti tu prazninu. U vezi su s time razmatranja o mjerodavnom pravu za rod/spol i komparativna iskustva o priznanju promjene spola.

Danas vrlo raširene migracije otvaraju pitanje identiteta djece migranata, stoga je to područje moralo biti obrađeno u knjizi u kojoj je riječ o identitetu u prekograničnim privatnopravnim odnosima. To je učinjeno prikazom prakse europskih sudova. U vezi s time prikazuje se Konvencija o pravima djeteta. Raspravlja se o odgovoru na pitanje primjenjuju li europski sudovi, koji za to imaju osnovu, odredbe međunarodnih konvencija, posebice Konvencije o pravima djeteta u predmetima u kojima se propituje identitet djece migranata. U potrazi za odgovorom na to pitanje, u knjizi se navode odluke u predmetima Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije u vezi s dobi kao aspektom osobnog identiteta, maloljetničkih brakova i kulturnog identiteta.

Iz izloženog kratkog prikaza sadržaja knjige vidi se da je temeljito obrađen identitet u prekograničnim privatnopravnim odnosima. Svatko tko se zanima za to područje u njoj će naći obrađene pravne izvore kojima se uređuje pitanje identiteta uključujući praksu nadnacionalnih i nacionalnih sudova te stajališta o tome iznesena u pravnoj znanosti. Stoga ona može pomoći u snalaženju svima koje to zanima. U njoj čitatelji mogu na jednome mjestu dobiti potpun pregled stanja stvari kao ishodište za daljnja istraživanja.

Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti putem Znanstvenog vijeća za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava ovom knjigom nastavlja svoje poslanje na području prava. Izbor naslova dosad objavljenih knjiga, uključujući i ovu, pokazuje da je na dobrom putu obrade aktualnih tema i da pravodobno prati zbivanja u pravu i u vezi s njim. Ovo je druga knjiga iz područja međunarodnog privatnog prava, što ne znači da je Znanstveno vijeće time učinilo svoje što se tiče tog područja prava. Bude li za to potrebe, nastaviti će s obradom pojedinih njegovih dijelova, baviti se dilemama i tražiti odgovore na pitanja koja će se u tome otvarati. Stoga je ova knjiga početak raspravljanja u Znanstvenom vijeću o pojedinim tematskim područjima međunarodnog privatnog prava.

Kako je rad u Hrvatskoj akademiji javan, sve što je izrečeno i kasnije napisano za održani okrugli stol knjigom predajemo na uvid javnosti. To treba zahvaliti autorima objavljenih priloga. Njihova izlaganja ostaju tako trajno zabilježena i izložena ocjeni znanstvene i stručne javnosti kao meritornog suda o svemu što je izrečeno na okruglom stolu i nakon toga objavljeno. To je način kako Znanstveno vijeće radi od svog utemeljenja i kako će nastaviti i ubuduće. Pritom je otvoreno kritikama za sve što je učinjeno i prijedlozima za nastavak svoga djelovanja. Bili bismo zahvalni čitateljima kada bi nam time potvrdili da idemo u dobrom smjeru ili, smatraju li da za to ima potrebe, ukazali na ono što bi trebalo mijenjati. Cilj je uvijek isti – pratiti, komentirati i argumentirano predlagati sve što je u vezi s aktualnim zbivanjima u pravu. Znanstvenik je kriv kad šuti, a znanstvenici okupljeni u Znanstvenom vijeću to ne žele biti.

U Zagrebu, 1. rujna 2021.

Predsjednik Znanstvenog vijeća za državnu upravu,
pravosuđe i vladavinu prava
Akademik Jakša Barbić

I. OTVARANJE OKRUGLOG STOLA

Predsjedatelj, akademik Jakša Barbić:

Poštovane kolegice i kolege, gospođe i gospodo, otvaram 63. okrugli stol Znanstvenog vijeća za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti o temi *Identitet u prekograničnim privatnopravnim odnosima*. Pozdravljam vas u ime Znanstvenog vijeća i Hrvatske akademije.

Današnjim okruglim stolom nastavljamo s raspravljanjem tema iz međunarodnog privatnog prava. To je u neku ruku nastavak 52. okruglog stola o interakciji međunarodnih, europskih i domaćih propisa koji smo održali u povodu donošenja Zakona o međunarodnom privatnom pravu, o čemu je izdana i knjiga. Bio je to općeniti pristup međunarodnom privatnom pravu i u neku ruku uvod u raspravu o pojedinim njegovim užim područjima. Prva na redu od tema koje ćemo raspraviti jest tema današnjeg okruglog stola.

Raspravu o temi okruglog stola započet ćemo općim pristupom identitetu, koji nije jednoznačan pojam, i isticanjem njegove važnosti za svaku osobu. Svatko ima pravo na identitet, o čemu postoje različita promišljanja, pa je uvodno bitno odrediti kako se stvara, što ga sve čini, koje je njegovo značenje i u čemu je njegova važnost. Kako se pojedinci kreću preko državnih granica i susreću s multikulturalnim društvima te dolaze u doticaj s različitim pravnim porecima pa podliježu raznim jurisdikcijama, otvaraju se pravne dileme koje treba raspraviti. To je usko vezano s pravom na osobni život. S tim u vezi jest pitanje kako u različitim uvjetima zaštititi osobni identitet osobe koja dolazi u novu sredinu. Tu je važna praksa Europskog suda za ljudska prava i primjena članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Na nama je da danas raspravimo pojedina pitanja koja se pritom javljaju u praksi. Za to je prije svega važno vidjeti kakva je praksa Europskog suda za ljudska prava o pitanjima osobnog identiteta.

Kada je riječ o fizičkim osobama, temeljno je pitanje u kojoj mjeri na identitet osobe utječe preseljenje iz jedne države u drugu. Zato je potrebno raspraviti poveznice kao mjerilo identiteta. Pod time se misli na državljanstvo, prebivalište, uobičajeno boravište. O tim je poveznicama bilo govora na već spomenutom ranije održanom okruglom stolu, pa je potrebno vidjeti, s pozivom i na ono što je tamo bilo rečeno, koju poveznicu valja primijeniti u vezi s identitetom osobe koja se nalazi u nekom prekograničnom privatnopravnom odnosu i kakvi su učinci njezine primjene.

Jedna od temeljnih odrednica osobnog identiteta jest ime, koje obično prelaskom državne granice ostaje isto. No postavlja se pitanje kako zaštititi ime u državama koje različito identificiraju državljane i u kojoj je mjeri ono u njima dovoljno pouzdano za utvrđenje osobnog identiteta (transkripcija, pogrešan izgovor). Tu je i pitanje neusklađenosti različitog pristupa sudova u državama s kojima neka osoba dolazi u doticaj.

U vezi je s osobnim identitetom i pitanje zaštite osobnih podataka u Europskoj uniji. Današnji način života, osobito trgovanje online, dovodi do toga da se često drugome daju osobni podaci, a kako su oni bitni za osobni identitet, zaslužuju zaštitu. Ako se štiti osobni identitet, moraju se isto tako štititi i osobni podaci. U Europskoj uniji postoji pravni instrumentarij zaštite, pa je potrebno razmotriti europske pravne izvore o zaštiti osobnih podataka i njihov domet. Pitanje koje traži odgovor jest kako se zaštita provodi u prekograničnim odnosima.

I pravne osobe imaju identitet, priznaje im se i pravo na osobnost ne u smislu postojanja kao pravnog subjekta, što je izvan svake dvojbe, nego kao pravo zaštite kao osobe. Tu je često riječ o povredama osobnosti u tržišnom natjecanju. Po kojem se mjerodavnom pravu to prosuđuje? Kako se i gdje štiti osobnost pravne osobe? Što je s međunarodnim regulativima?

U prekograničnim privatnopravnim odnosima otvaraju se pitanja kako postupiti sa statusom osoba koje imaju dvojno ili višestruko državljanstvo, kako na osobni identitet utječe promjena spola, i to ne samo u prekograničnoj sferi, kako prosuditi zamjensko majčinstvo, što s transrodnim osobama te kako tretirati djecu migranata. Za sve to treba utvrditi što je u vezi s time, gdje i kako uređeno, kakva je praksa, u čemu su razlike, kako ih se prevladava u prekograničnim privatnopravnim odnosima. Pritom je važno analizirati bogatu praksu Europskog suda za ljudska prava i provedbu zaštite u Europskoj uniji. Valja imati na umu i da živimo u vrijeme brze pokretljivosti osobnih podataka zbog korištenja informacijskih tehnologija, što povećava rizik od mogućih povreda.

To je polazni okvir za raspravu na okruglom stolu. Nakon uvodnih izlaganja sudionici okruglog stola imaju mogućnost uključiti se u iznalaženje odgovora na postavljena pitanja. Sve će uskoro biti objavljeno u 63. knjizi nakladničkog niza *Modernizacija prava*.

II. UVODNA IZLAGANJA

Prof. dr. sc. Kristina Peternai Andrić

Filozofski fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

TEORIJE O TVORBI IDENTITETA

1. Uvod

U svakodnevnom životu rijetko promišljamo o pojmu i kroz pojam identiteta, no ipak ideja identiteta prisutna je u svakom shvaćanju tko smo, kako smo to postali, tko su drugi oko nas i koja je njihova uloga u našem životu: identitet postaje važan pri preuzimanju poštanske pošiljke, prelasku državne granice, odlasku na roditeljski sastanak, ulasku u noćni klub, razgovoru za posao, nasljedstvu ili skrbništvu. Polazište za razmišljanje o identitetu, pa i njegovo sustavno stručno ili znanstveno istraživanje, može se pronaći u svakoj pojedinačnoj ili društvenoj ulozi, u svakom iskustvu i u svakoj obavezi.¹ U svakodnevnim situacijama legitimizirat ćemo se bez serioznog promišljanja vlastitog identiteta, ali pitanja identiteta postat će nezaobilazna i presudna pri promjeni uvriježenih okolnosti ili veza, onda kada je poznati i uobičajeni aspekt egzistencije izmijenjen ili doveden u pitanje, nerijetko u nejasnim odnosima ili odlučujućim trenutcima pri izborima, sljedećim potezima i uopće daljnjem tijeku života. Riječju, o identitetu najčešće promišljamo kada se naše „poznato ja“ osjeća ugroženim.² U elementarnom smislu identitet možemo pojmiti na razini subjektive jezične sposobnosti „da zna ‘tko je tko’ (i otud ‘što je što’). Uključuje znanje o tome tko smo mi, tko su drugi, njihovo znanje tko smo mi, naše znanje o tome što oni misle tko smo mi i tako dalje“³. Kada razmišljamo o identitetu, razmišljamo o svojevrsnom

¹ Naprimjer, povorke (kolona sjećanja na žrtve nekog povijesnog događaja ili gay pride) kao mjesta za iskaz identiteta, osim ritualne uloge, u zajednici služe kolektivnoj identifikaciji i imaju potencijal političke mobilizacije.

² „Bojno polje prirodno je stanište identiteta. Identiteti oživljavaju jedino u metežu bitke.“ Bauman, Zygmunt, 2004. *Identity: conversations with Benedetto Vecchi*, Cambridge: Polity Press. (hrv. izdanje Bauman, Zygmunt, 2009. *Identitet: Razgovori s Benedettom Vecchijem*, Zagreb: Naklada Pelago), 65.

³ Jenkins, Richard, 2014. *Social identity*, New York: Routledge, 6.

mapiranju ili klasifikaciji svijeta te subjektovu pojedinačnom i kolektivnom mjestu u tom svijetu. Subjekt je aktivan dionik kulture i sudjeluje u procesima interakcije i identifikacije: u nastojanju da shvati vlastiti identitet i svijet kojim je okružen poseže za kulturnim znakovima i simbolima, a ključni medij u kojem se značenje, pa i identiteti, oblikuju jest jezik.⁴

Međutim, može li se i na koji način definirati koncept identiteta? Kojim ga pojmovima opisati? Je li identitet nešto stalno ili promjenjivo? Cjelovito ili fragmentirano? Što sve obuhvaća regionalni ili nacionalni identitet, klasni ili rodni...? Kako uravnotežiti različite identifikacije (i obveze koje iz tih identifikacija proizlaze), kojima je subjekt ponekad istodobno izložen, a koje mogu biti proturječne, naprimjer predano očinstvo i službeno putovanje; feminizam i katoličanstvo...? Ta i slična pitanja jesu stalna mjesta sporenja, osporavanja i rekonceptualiziranja, tim više što se uslijed hiperprodukcije istraživanja koncepta identiteta i njegove tvorbe, kao i intenzivnog pisanja o njemu u posljednjih nekoliko desetljeća, upozorava na dotrajalost i iscrpljenost pojma i njegovu nekritičku upotrebu, pa time i njegovu neadekvatnost, čak izlišnost. Ipak, ideje o tomu tko smo, kako to postajemo, tko su drugi kojima smo okruženi (...) neizostavni su dio svakodnevne komunikacije i djelovanja te stručne i znanstvene analize unutar najrazličitijih društvenih područja i institucija (naprimjer: marketinga, književne analize, pravnih sporova, političkih i etičkih pitanja) te je teza o suvišnosti ili prekomjernosti upotrebe koncepta identiteta ipak pretjerana.

Pojam identitet u izvornom rječničkom značenju pokriva odnos po kojemu je nešto jednako samo sebi u različitim okolnostima, odnosno istovjetno sa sobom ili potpuno isto, što je izvedeno iz latinskoga *identitas* ili $A = A$,⁵ a što u doslovnom značenju daje naslutiti da identitet predstavlja nešto cjelovito, jedinstveno, objektivno, opredmećeno, čvrsto, spoznatljivo. Međutim, teorije o identitetu i njegovoj tvorbi u tome nisu ni izbliza suglasne – štoviše, danas prevladavajuće teorije o tvorbi identiteta govore u prilog konstruiranosti, višestrukosti, izvedenosti, protočnosti, fragmentarnosti, nepoznatljivosti, fleksibilnosti (...) svake identitetne tvorbe.

Analiza koncepta identiteta i njegove konstrukcije u humanističkim i društvenim, čak i prirodnim znanostima zauzimaju važno mjesto, s tim što su danas posebno naglašene u feminističkim, rodnim, manjinskim, rasnim, etničkim,

⁴ „Značenje nam daje osjećaj našeg vlastitog identiteta, toga tko smo i kome pripadamo (...) Značenje se neprestano proizvodi i izmjenjuje u svakoj osobnoj i društvenoj situaciji u kojoj sudjelujemo (...) jedan od privilegiranih medija kroz koje se značenje proizvodi i kruži jest jezik.“ Hall, Stuart, ur., 2002. *Representation: cultural representations and signifying practices*. London: Sage, 3-4.

⁵ „identitet (lat.) (...) 1. podaci koji svjedoče da je tko ili što ono što jest.“ Šonje, Jure, ur. 2000. *Rječnik hrvatskoga jezika*, Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža i Školska knjiga, 341.

arealnim, postkolonijalnim, psihoanalitičkim i sličnim promišljanjima u čijem je središtu najčešće (manjinski i nerijetko potlačeni) drugi. Teorija o tvorbi identiteta mnogo je i bitno su raznovrsne, stoga će ovaj pristup biti selektivan i obuhvatit će tek dio djelatnih teoretičara u tom području. Pri izboru usmjerit ćemo se na prikaz osnovne razlike između esencijalističkih i antiesencijalističkih teorija o tvorbi identiteta i konačno argumentirati u prilog antiesencijalizma. Pritom će se u obzir uzeti dosezi lingvistike, filozofije jezika, antropologije, sociologije, teorije roda, teorije diskursa, političke teorije, psihoanalize i druge.

2. Esencijalizam

Tradicionalne i danas uglavnom prevladane teorije o identitetu jesu one esencijalističke, što znači da polaze od uvjeta (esencijalnog) sadržaja unutar subjekta, suštinske prirode, unutarnje jezgre, biti ili esencije što je stabilna i nepromjenjiva. Latinski *essentia* još od filozofa Seneke, Kvintilijana, Cicerona i drugih znači upravo „bit, bivstvo, priroda, suština, bitnost, glavni sadržaj“⁶. U identitetu, bilo pojedinca bilo grupe, prepoznaje se odraz neke unutarnje suštine, svojstva, esencije ili kakvoće. Subjekti se doživljavaju kao „prirodni“ i čvrstih identiteta, tvori ih nešto u njima duboko ukorijenjeno, nerijetko skriveno (nevidljivo ili neopipljivo) i nepromjenjivo. Esencijalizam se poziva na „prirodnost“ i „zdrav razum“ tvrdeći pritom da su subjektne pozicije lišene društvenog utjecaja:

„esencijalističko razmišljanje lako se primjenjuje na takozvane „prirodne vrste“ (flora, fauna i prirodne tvari poput vode ili minerala), ali se vrlo često proširuje na razmišljanje o ‘društvenim vrstama’ (poput ‘Danca’, ‘Židova’ ili ‘žene’), kao i na navodne ljudske kvalitete i druge razrađene kulturne koncepte (‘invalidnost’, ‘inteligencija’, ‘ličnost’, ‘majčinska ljubav’, ‘djetinjstvo’, ‘sloboda’, ‘zlo’). U esencijalističkom diskursu članovi unutar neke kategorije prikazani su kao duboko slični i prirodno povezani, a s tim se konceptom postupka kao da je neukrotiv, iskonski ili apsolutno onakav kakav jest, ponekad ima nekakvu suštinu ili ‘građu’ (obično nevidljivu) što ga čini kakvim jest i pokreće ili određuje njegova svojstva ili ponašanje.“⁷

Svaka djelatnost subjekta tumači se kroz njemu pripisane identitetne atribucije. U tom smislu esencijalizam se nerijetko povezuje s biološkim determinizmom

⁶ Marević, Jozo, 2000. Latinsko-hrvatski enciklopedijski rječnik, Zagreb: Matica hrvatska, 901.

⁷ McIntosh, Janet, 2018. Essentialism, u: The International Encyclopedia of Anthropology (Callan, Hilary, ur.), JohnWiley & Sons, Ltd.

kao tezom da genetsko nasljeđe utječe i određuje, pa i ograničava, konstrukciju identiteta subjekta. Temelji se na razlikovanju bitnih (esencijalnih) i slučajnih svojstava subjekta, a ta esencijalna svojstva subjekt će činiti pojedincem, jedinkom, individuom. Propitujući odnos esencije i pojedinačnog identiteta, identitet se u esencijalizmu prikazuje kao „prirodna“ kategorija imanentna subjektu. U takvom viđenju identitet je nepromjenjiv i čvrst, a subjekt esencijalna svojstva gubi tek prestankom postojanja.⁸

Začeto u antičkoj filozofiji, u djelovanju Parmenida, Platona i posebno Aristotela,⁹ razumijevanje esencijalizma počiva na srazu nekoliko disciplina i prepliće ideje filozofije (metafizika), epistemologije, logike, filozofije jezika. Rana antropologija također je pridonijela učvršćivanju ideje esencijalizma: stoljećima su istraživači, pa i misionari, po povratku u Europu izvještavali o tuđincimačudnog, zazornog, čak prijetećeg izgleda i jednako takvih navika. Esencijalistički shvaćen identitet velikim je dijelom „utemeljen na uvjerenjima o prošlosti: o baštini, o predcima, o pripadnosti nekom narodu i mjestu, o skupu uvjerenja i načinu života“¹⁰, a sve je to zabilježeno jezikom: njegovim pojmovima i pripovijestima (najčešće mitovima i legendama) o zajedničkoj povijesti. Iz navedenog proizlazi da nije jedino i nužno biološki aspekt izvor esencijalizma nego se on pronalazi i u tradicijskim kulturnim oblicima, ponajprije u zajedničkom jeziku. I kultura služi kao potvrda esencijalističkog koncepta identiteta, posebno etničkog, što se uočava još od pojave nacionalizma u romantizmu. „Romantičarsko razumijevanje jezika vezalo se za duhovnu esenciju njegovih govornika, stoga se jezike, kao i kulturalne identitet što su ih iznjedrili, razumijevalo kao nužno odvojene i nepreklapajuće.“¹¹ Ideja o „geniju“ zajedničkog jezika, razvijena u prethodećoj renesansi, osiguravala je govornicima oznake izrazite prirode ili genijalnosti, da bi u romantizmu jezik bio shvaćen kao bit, odnosno esencija, nacije.

Esencijalističko viđenje svijeta i poimanja subjekta leži u temelju proizvodnje stereotipa: žene su brižne, muškarci grubo; pripadnici jedne nacije radišni, druge

⁸ Oprečno tomu teorije su o tvorbi identiteta kao produkta roditeljskih, kulturnih, društvenih, političkih i drugih odrednica, o čemu više slijedi.

⁹ Osim Platona i Aristotela, za raspravu o esencijalizmu najčešće se vežu važna imena iz povijesti filozofije: Karla Poppera, Thomasa Hobbesa, Johna Lockeja, Charles Sanders Peirce, Gottlob Frege i drugih. Vidi više: Margolis, Joseph, 2010. *Essentialism*, u: *A dictionary of cultural and critical theory* (Payne, Michael; Rae Barbera, Jessica ur.), Wiley Blackwell, 2010., 238-241.

¹⁰ Joseph, John E., 2016. *Historical perspectives on language and identity*, u: *The Routledge Handbook of Language and Identity* (Preece, Siân ur.), 2016., 19.

¹¹ Bucholtz, Mary; Hall, Kira, 2005. *Language and Identity*, u: *A Companion to Linguistic Anthropology* (Duranti, Alessandro, ur.), Blackwell Publishing. 2005., 374.

lijeni, bijelci nadmoćni onima druge boje kože... Mnoga društva stavljaju u pogon „prirodne“ esencije (bolja fizička izdržljivost, veći intelektualni potencijal, spretnost, snalažljivost...) muškaraca s namjerom da im osiguraju prirodnu dominaciju. S gledišta „prirođenosti“ i „prirodnosti“, čvrstoće i nepromjenjivosti, esencijalizam je u korijenu imperijalnih i rasističkih poredaka i genocida. Jednako se kao posljedica esencijalističkog shvaćanja identiteta može promatrati holokaust ili dvadesetostoljetna eugenika.¹² Esencijalizmom se kroz povijest često opravdavalo potlačivanje i iskorištavanje drugih: trgovina robovima, kolonijalizam, nacizam, fašizam, rasni antisemitizam... Drukčije rečeno, stavovi o superiornim ili inferiornim esencijalnim kvalitetama imanentnim subjektima podržavaju kolonijalnu, klasnu, rasnu, dobnu i drugu hijerarhiju, pa i netrpeljivost. U tom smislu povijest svjedoči o privilegiranju i isticanju naprimjer bijelaca nad Afroamerikancima, muškaraca nad ženama, Nijemaca nad Židovima i drugih sličnih opreka. Esencijalizam je i danas ponegdje vitalan te se javlja kao privlačna strategija onima koji traže samoodređenje ili pokušavaju nametnuti željene atribucije, pa tako neki autori (Geschiere, Nyamnjoh, McIntos naprimjer) primjećuju da se rast političke liberalizacije i globalne cirkulacije podudara s povećanjem opresivne politike identiteta diljem svijeta. Ponekad se nužno pozvati na određenu atribuciju, naprimjer pri političkom aktivizmu potrebno je jasno upozoriti na subjektnu poziciju onih čija se prava imaju u vidu. U tom smislu Spivak u intervjuu s Elizabeth Grosz govori o „strateškom esencijalizmu“ u političkom aktivizmu: učinkovit aktivizam pretpostavlja esencijalizam jer se grupa za političko djelovanje može okupiti samo oko nekog koncepta, naprimjer pojma „žena“ ili „Afroamerikanaca“ ili „homoseksualaca“ ili „osoba s autizmom“.¹³ Slično tvrdi R. Sylvain pretpostavljajući da, ako esencijalizam izostane u potpunosti, „ne preostaje nam nikakav način da se zalažemo za prava utemeljena na identitetu osim pružanjem neiskrenih argumenata za očuvanje fikcija“¹⁴. U tim i sličnim situacijama nužno treba imati u vidu da je riječ samo o privremenim stabilizacijama subjektnih pozicija, a ne

¹² Antropolog Franz Boas (1940.) osporio je tezu o utvrđenoj morfologiji lubanje kod različitih rasa te je biologiji (boja kože, boja očiju, visina, tjelesna građa, krvna grupa i drugo) pretpostavio kulturu kao uzrok razlike u ponašanju društvenih skupina, a potonju su tezu učvrstile i Margaret Mead i Ruth Benedict. Mead je utvrdila da su kvalitete što se u jednom društvu povezuju s maskulinošću i feminošću u drugim društvima drukčije raspoređene, odnosno potvrdila je da su razlike u spolu/rodu kulturološki uspostavljene, a ne biološki predodređene. Antiesencijalistički se pristup u antropologiji učvrstio djelovanjem Clifford Geertza. Razvoj znanstvenih istraživanja i analize DNA potvrdile su više genetskih varijacija unutar skupina koje su tradicionalno definirane kao rase nego između njih. Vidi više u: Moore, 2013.

¹³ Grosz, Elizabeth, 1985. Criticism, feminism and the institution. An interview with Gayatri Chakravorty Spivak. Thesis Eleven 10/11, 175-189.

¹⁴ Sylvain 2014, Essentialism and the Indigenous Politics of Recognition in Southern, u: Africa American Anthropologist, 116, 2, 259.

fiksni identitetima. Esencijalizam je ipak u doslovnom shvaćanju u velikoj mjeri prevladan: danas se uglavnom prihvaća teza da identitete ne treba razumijevati kao esencije ili čvrste prirodne zadanosti u subjektima; identiteti nisu prirodna, ukorijenjena ni nepromjenjiva stanja.

Riječju, esencijalističko shvaćanje identitet subjekta vidi kao prirodan ili prirodan, postojan, stabilan, nepromjenjiv i čvrst, neovisan o utjecajima, temeljen na unutarnjem esencijalnom sadržaju, svojevrsnoj biti ili jezgri sebstva. Takav je identitet zadan, cjelovit, trajan i nepromjenljiv, javlja se kao „prirodna“ ili samorazumljiva kategorija imanentna subjektu, pa se, jednom uspostavljen, ne može promijeniti ni unutarnjim subjektivim nastojanjima ni izvanjskim društvenim utjecajem.

3. Antiesencijalizam

Ako esencijalizam odredimo kao pristup tvorbi identiteta što zagovara statičnost, antiesencijalističkom pristupu¹⁵ odgovara dinamička odrednica. Antiesencijalistički teoretičari odbacuju teze o identitetu kao prirodnom, nepromjenjivom i potpunom te identitet promatraju kao promjenjivu kategoriju, štoviše kategoriju koja je uvijek u nastajanju, pa time i nestabilnu, ovisnu o kontekstu, specifičnu za pojedino vrijeme i mjesto, bez čvrste jezgre i fragmentiranu... Utemeljena na shvaćanju arbitarnosti i nestabilnosti jezičnog značenja,¹⁶ djelotvornosti i citatnosti jezika,¹⁷ teorijama

¹⁵ Hall, Stuart, 1996. Introduction: Who Needs 'Identity', u: Question of Cultural Identity, (Hall, Stuart; du Gay, Paul ur.), London: Sage, 1996., 1-17 (hrv. izdanje: Hall, Stuart, 2006. Kome treba 'identitet?', u: Politika teorije – zbornik rasprava iz kulturalnih studija (Duda, Dean, ur.), Zagreb: Disput, 2006., 357-373); Hall, Stuart, ur., 2002. Representation: cultural representations and signifying practices. London: Sage; Hall 2006; Barker, Chris, 2003. Cultural Studies. Theory and Practice, London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications Ltd.; Barker, Chris; Galasiński Dariusz, 2001. Cultural Studies and Discourse Analysis. A Dialogue on Language and Identity, London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications Ltd.; Alcoff, Linda; Mendieta, Eduardo, ur. 2004. Identities: race, class, gender, and nationality, Wiley-Blackwell; Du Gay, Paul; Evans, Jessica; Redman, Peter, ur., 2005. Identity: a reader. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage; Biti, Vladimir, 2005. Doba svjedočenja, Zagreb: Matica hrvatska; Bauman, 2009.

¹⁶ Ponajprije u teorijama lingvista F. de Saussurea.

¹⁷ Austin, John L., 1987. Performativni iskazi, u: Kontekst i značenje (Mišćević, Nenad; Potrč, Matjaž ur.), Rijeka: Izdavački centar Rijeka, 1987., 29-39; Austin, John L., 1962. How to Do Things with Words, Cambridge (hrv. izdanje Austin, John L., 2014. Kako djelovati riječima, Zagreb: Disput; Althusser, Louis 1986. Ideologija i ideološki aparati države - ogledi iz sociologije obrazovanja, u: Proturječja suvremenog obrazovanja (Flere, Sergej, ur.), Zagreb: Radna zajednica republičke konferencije SSO; Butler, Judith, 2004. Undoing Gender. New York, London: Routledge; Butler, Judith, 2005. Giving an Account of Oneself. New York: Fordham University Press; Butler, Judith, 1997a. The Psychic Life of Power: Theories in Subjection. Stanford University Press; Butler, Judith, 1997b. Excitable Speech: A Politics of the Performative. New York: Routledge; Butler, Judith, 2000a. Nevolje s rodom: Feminizam i subverzija identiteta. Zagreb: Ženska infoteka; Butler, Judith, 2000b. Antigone's Claim. Kinship between Life and Death. New York: Columbia University Press; Butler, Judith, 1993. Bodies That Matter: On the Discursive Limits of „Sex“, New York: Routledge.

razlike,¹⁸ u teorijama diskursa,¹⁹ ali i psihoanalitičkim tezama o „drugom“ s kojim se subjekt identificira od samoga rođenja,²⁰ takva se koncepcija identiteta nerijetko naziva performativno-diskurzivnom. U namjeri razrade te koncepcije, zasebno ćemo se osvrnuti na koncepte performativnosti i uloge jezika u tvorbi identiteta, imenovanja, diskurzivnosti, važnosti razlike i drugog za konstrukciju identiteta, transgresije, stigme i drugog.

Antiesencijalistički teoretičari tvrde da identitet nikada nije jedan i jedinstven nego je nužno križište ili mreža subjektivnih pozicija, i to najčešće onih vezanih za rod ili spol (muški, ženski, transrodni, interseksualni...); dob (osobe treće životne dobi, tinejdžeri...); sposobnost (bilo mentalnu, fizičku, kognitivnu ili razvojnu u smislu: osobe s autizmom, invalida rata ili invalida rada); nacionalnu i etničku pripadnost (Nijemac, Francuz, Šokac, Dalmatinac...); seksualnu orijentaciju (hetero, homo, biseksualna...), rasu (bijela, žuta, crna...), klasu ili socioekonomski status (uključujući obrazovanje, zaposlenje, stil života...); vjeru (katolik, protestant, agnostik...). U tom smislu o identitetu se promišlja kao o skupu obilježja ili subjektivnih pozicija ili atribucija što privremeno, a ne trajno, određuju pojedinca ili grupu. Identitet nije prirodna zadanost nego kulturna i politička diskurzivna konstrukcija i svaki je identitet određen temporalnim kategorijama što su proizvedene i uvjetovane društvenim, kulturnim, geografskim i drugim kontekstom. Unutar istog subjekta u različitim kontekstima mogu se javiti i suprotstavljene identitetne kategorije. Kao što primjećuje Stuart Hall,²¹ subjekt promatran u različitom vremenu znači i različit identitet, a istodobno su unutar subjekta različite kategorije identiteta ponekad čak proturječne, pa u svojoj kontradikciji od subjekta zahtijevaju djelovanje u različitim smjerovima. Kakvom će se djelovanju

¹⁸ Derrida, Jacques, 1976. *O gramatologiji*. Sarajevo: Veselin Masleša; Derrida, Jacques, 1977. *Limited Inc.* Illinois: Evanston; Derrida, Jacques, 1993. *Sablasti Marxa*. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada; Derrida, Jacques, 1999. *Drugi smjer*. Zagreb: Institut društvenih znanosti Ivo Pilar; Derrida, Jacques, 2007. *Pisanje i razlika*. Sarajevo, Zagreb: Šahinpašić.

¹⁹ Foucault, Michel, 1982. *The Archaeology of Knowledge & The Discourse on Language*. New York: Vintage; Foucault, Michel, 1994a. *Nadzor i kazna: rađanje zatvora*. Zagreb: Informator; Foucault, Michel, 1994b. *Znanje i moć*. Zagreb: Nakladni zavod Globus; Foucault, Michel, 2002. *Nenormalni*. Novi Sad: Svetovi; Foucault, Michel, 2013. *Povijest seksualnosti 1 – Volja za znanjem*. Zagreb: Domino; Laclau, Ernesto, 1993. *Power and representation, u: Politics, Theory and Contemporary Culture* (Poster, Mark ur.), New York: Columbia University Press; Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal, 2001. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, London, New York: Verso; Mouffe, Chantal, 2000. *The democratic paradox*. London, New York: Verso; Mouffe, Chantal, 2005. *The return of the political*. London, New York: Verso.

²⁰ Kroz djelovanje Sigmunda Freuda i još više Jacquesa Lacana: Lacan, Jacques, 1968. *The language of the self. The Function of Language in Psychoanalysis*, Baltimore i London: The John Hopkins University Press; Lacan, Jacques, 1983. *Spisi (izbor)*. Beograd: Prosveta; Lacan, Jacques, 1986. *Četiri temeljna pojma psihoanalize*. Zagreb: Naprijed.

²¹ Hall, 1996., 2000.

prikloniti, ovisi o subjektovoj hijerarhiji vrijednosti i o kontekstu, pa će u jednom trenutku na prvo mjesto izbiti naprimjer majčinski identitet, u drugom profesionalni, a u nekom idućem nacionalni. Stoga što je u trajnom nastajanju i preoblici, identitet ne može doseći cjelovitost ili uravnoteženost: „Identitet je proizvod niza djelomičnih identifikacija, nikada dovršen.“²² Identiteti su, prema Hallu, proizvod „specifičnih strategija iskazivanja u specifičnim historijskim i institucionalnim mjestima u kojima se koriste specifične diskurzivne formacije i prakse. (...) nastaju unutar igre specifičnih modaliteta moći, i time su više proizvodi označavanja razlika i isključivanja, nego što su znak jednog identičnog, prirodno konstruiranog jedinstva“²³. Identiteti se promatraju kao privremene izvedbe²⁴, ustanovljeni su u određenom diskurzu, osnovani kroz sličnosti i razlike spram drugih u društvenom i povijesnom kontekstu – s tim što je svaki kontekst potencijalno neograničen.

Identitet je u antiesencijalističkom smislu produkt različitih uloga što ih subjekt odabire ili su mu nametnute, dakle dijelom je učinak izbora, a dijelom represivne moći u heterogenim okolnostima. Interesi i identifikacija nerijetko su povezani i stoga, naprimjer pri identifikaciji s grupom, dolazi do čvrste i snažne povezanosti s njezinim članovima, njihova favoriziranja, a pojedince izvan grupe odbacuje se ili čak diskriminira.²⁵ Identitet je učinak kulture, a globalizacija – kojom su nam ranije strani i daleki „drugi“ postali susjedi i bližnji – kao jedan od učinaka sadrži preplitanje i spajanje različitih kultura i stvaranje hibridnih identiteta.²⁶ Uslijed migracija i modernih tehnologija transformiraju se i sustavi komunikacija, ali su na transformaciju prisiljena i cijela društva, čija preoblika generira drukčija ekonomska, politička, kulturalna, pa i osobna djelovanja. Globalizacija ima utjecaja na gotovo sva obilježja života, a očituje se u integraciji svjetskoga tržišta, rasprostranjenosti novih tehnologija, komunikacije, transporta, slabljenja nacionalnih interesa te – uslijed migracija – pojave transnacionalnih subjekata i „globalnih nomada“.²⁷ Suvremeni je svijet globalan i transnacionalan, obilježen sve češćim izmještanjem subjekata – među kojima su egzil, izbjeglištvo, radne

²² Culler, Jonathan, 2001. Književna teorija. Vrlo kratak uvod. Zagreb: AGM, 134.

²³ Hall, 2006., 361.

²⁴ Butler, 1993., 1997., 2000., 2004., 2005.

²⁵ Vidi više u: Jenkins, 2014. Općepoznati su simboli kolektivne identifikacije zastava, grb, himna..., a identifikaciji se nerijetko pripisuje emocionalni naboj.

²⁶ Učenjem kulture stvara se kulturni identitet: govorimo o tome da se članovi jedne kulturne grupe identificiraju i izgrađuju, a pritom je uporište u zajedničkim obrascima te istodobnom razlikovanju pripadnika druge kulturne grupe. Vidi više u: Barker, Chris, 2003. Cultural Studies. Theory and Practice, London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications Ltd.

²⁷ Vidi više u: D'Andrea, Anthony, 2007. Global Nomads. Techno and New Age as transnational counter-cultures in Ibiza and Goa, New York, London: Routledge.

migracije, turizam – a čime pojedine kategorije identiteta, naprimjer onaj nacionalni ili kulturni, postaju nedostatnima.²⁸

Teorijska nastojanja afirmirana od 70-ih godina 20. stoljeća, uz društvene borbe protiv klasnih i rodni razlika, najčešće se nazivaju politikom identiteta.²⁹ Politike identiteta uključuju propitivanja ideologije, klasnih razlika, rodni razlika, regionalnog i etničkog u najširem smislu te bi se mogla sažeti na pitanja djelatne politike i etike. U praksi se politike identiteta tiču ponovnog aktiviranja reprezentacije subjekta, pitanja (nečujnog) glasa i govora u tuđe ime, samoodređenja, autorizacije (u smislu legitimiranja identiteta kroz institucijske ili druge moći) i drugog. Kao zajednički ishod postavljena je politika priznavanja subjekata te su politike identiteta vođene idejom prepoznavanja onih neprepoznatih, posredovanja pri preoblikovanju i ponovnom pozicioniranju marginaliziranih, obezvrijeđenih ili potpuno izbrisanih identitetnih konstrukcija.

4. Performativnost i uloga jezika u tvorbi identiteta

Prvo predavanje o kategoriji performativa održano 60-ih godina 20. stoljeća J. L. Austin počeo je na sljedeći način: „Možete sebi dozvoliti da ne znate što znači riječ performativan. Ovo je nova i ružna riječ a možda i ne znači mnogo.”³⁰ Naravno, Austin nije mogao pretpostaviti da će pojam šezdesetak godina poslije iz teorije govornih činova kroz djelovanje J. Searlea, E. Benvenistea, J. Derride, S. Fish, Sh. Felman, J. Butler i drugih zaposjesti brojne diskurse u humanističkim i društvenim znanostima, a posebno književnu teoriju, kulturalne studije, izvedbene umjetnosti, diskurs prava.

U pristupu Austin razlikuje (1) konstative kao iskaze koji nešto tvrde („Karlo je ukrao moj autić.“), opisuju stanje stvari („Sunčan je dan.“) i mogu biti istiniti ili lažni te (2) performative kao iskaze što u zbilji izvode (*perform*) radnju na koju se referiraju („Imenujem te vođom grupe.“ ili „Proglašavam vas mužem i ženom.“). Primjeri performativa su vjenčanje, krštenje, imenovanje broda, oklada i slično,³¹

²⁸ Istodobno, preslagivanje identiteta vodi promjeni percepcije i samopercepcije i nerijetko u diskurs uvodi elemente stigme ili traume.

²⁹ Vidi više u: Alcoff, Linda Martín, 2000. *Who's Afraid of Identity Politics?*, u: *Reclaiming Identity: Realist Theory and the Predicament of Postmodernism*. (Moya, Paula M. L.; Hames-García, Michael ur.), Berkeley: University of California Press, 2000., 312-344.

³⁰ Austin, John L., 1987. *Performativni iskazi*, u: *Kontekst i značenje* (Mišćević, Nenad i Potrč, Matjaž, ur.), Rijeka: Izdavački centar Rijeka, 1987., 29.

³¹ „U svim navedenim slučajevima bilo bi apsurdno tvrditi da je ono što sam rekao izvještaj učinjene radnje koja je bez sumnje izvedena, tj. radnja kladenja, krštenja ili isprike. Prije bih rekao da govoreći ono što radim prenosim samo izvršenje radnje. Kad kažem 'Da' (uzimam ovu ženu za zakonitu ženu), ne prenosim što se događa na vjenčanju već se vjenčavam.” (Austin, 1987., 30)

oni su „savršeno jednostavni iskazi s običnim glagolima u prvom licu jednine indikativnog prezenta aktivnog gdje ćemo odmah uočiti da oni ne mogu nikako biti niti istiniti niti lažni. Nadalje, ako netko upotrijebi ovakav iskaz, reći ćemo da on nešto radi a ne da je samo nešto rekao.“³² U takvom shvaćanju performativom se poništava razlika između govora i djelovanja, odnosno ukazuje se na to da jezik ne služi samo za izricanje (lažnih i istinitih) tvrdnji nego da se jezikom kroz komunikaciju može djelovati, mogu se proizvoditi materijalni učinci, pa i utjecati na druge. Funkcija jezika u tom je smislu pragmatična: jezik je djelovanje ili činjenje, jezik je sredstvo ili alat kojim se nešto postiže. Time performativni iskaz stječe moć, zadobiva djelotvornu snagu.³³ Budući da su Austinovi performativi određeni posrećenošću/neposrećenošću (*felicitous/infelicitous*) u smislu da moraju ispunjavati određene pretpostavke kao što su konvencionalna procedura i okolnosti, izvršenje čina korektno i u potpunosti, bez greške i zastoja, uspješnost performativa ovisi o okolnostima i kontekstu. Vjenčanje naprimjer neće biti legalno „ako se ogriješimo o bilo koje od spomenutih pravila (...) – ako pogrešno izgovorimo formulu ili ako nismo u položaju da izvršimo čin jer smo, recimo, već u braku ili ako ceremoniju vodi brodski ekonom a ne kapetan broda, tada čin o kojemu je riječ, na primjer vjenčanje, uopće ne uspijeva u svom ostvarenju, ne zbiva se, ne ispunjava.“³⁴

Oslanjajući se na implicitne ili prešutne performative, Austin je pri razradi teze performativnost proširio i primijenio na cijelo polje jezika u smislu da je namjera djelovanja prisutna u svakom jezičnom iskazu, neovisno o tome je li riječ o konstativu ili performativu: uvijek kada se nekome obraćamo na neki način namjeravamo djelovati ili na sugovornika utjecati. U primjeru „Pada kiša.“ riječ je o konstativu, pretpostavimo istinitoj tvrdnji, ali je izrečena s namjerom da sugovornika upozori na vremenske prilike i nužnost kišobrana. Međutim, čak i kada je neposrećen i promašuje u namjeravanom, performativ je moćan i djelotvoran: iako se namjeravano ne izvršava, neki učinak ipak se postiže.³⁵ Korištenje jezika ne može biti nepristrano ili neutralno.

Koncept performativa međutim ulazi u širi optjecaj tek njegovim prepoznavanjem kao ključnim pri tvorbi identiteta. Derridina³⁶ (1977.) kritika Austina u

³² Austin, 1987., 30.

³³ Slično je zagovarao i L. Wittgensten: „bez jezika ne možemo na druge ljude tako i tako utjecati; ne možemo graditi ceste i strojeve, etc. A također: bez upotrebe govora i pisma ljudi se ne bi mogli sporazumijevati.“ (1998., § 491.) Pristup prema kojem je odnos subjekta prema sebi, drugima i okolini nužno posredovan jezikom kasnije je nazvan „jezičnim obratom“ ili „obratom k jeziku“ („linguistic turn“).

³⁴ Austin John L., 1975. (1962.) *How to Do Things with Words*, Cambridge. 15-16.

³⁵ Vidljivo je to u primjeru vjenčanja već vjenčanih: „Reći da su takvi ne znači, dakako, da njima ne bismo ništa učinili. Učinili bismo mnogošto – bio bi to, na zanimljiv način, čin bigamije! – ali, ne bismo izvršili čin koji smo naumili: ne bismo se vjenčali.“ Austin, 1975., 51.

³⁶ Derrida, 1977.

polemici s J. Searleom (1991.),³⁷ kao i uvođenje pojmova iterabilnosti i diferancije³⁸ u diskurs suvremene teorije, prepoznaju moć performativa pri oblikovanju vlastitih uvjeta i zakona i preoblikovanju konteksta u koji ulazi, čime iskazi zadbivaju etičku i političku dimenziju. Diskurs pretpostavlja odgovornost pri upotrebi jezika. Feministička i queer teoretičarka J. Butler u performativ je locirala početak tvorbe (rodnog) identiteta svakoga subjekta – rečenica koja prati svako rođenje: dječak je ili djevojčica je, kao i imenovanje novorođenčeta, početak je tvorbe svakog identiteta.

U jeziku se značenja pridaju te komunikacijom prenose i učvršćuju. Jezik omogućuje, ali i ograničava identitetne konstrukcije jer je reprezentacija³⁹ subjekta utemeljena upravo na pojmovima i značenjima unutar pojedinog značenja i jezika.⁴⁰ Samospoznaju te spoznaje o drugima i okolini oblikujemo jezikom. Jezična komunikacija složena je društvena praksa stoga što se značenje i vrijednost izrečenog tvori upravo u uzajamnom djelovanju govornika i primatelja poruke, a što opet ovisi o društvenom i kulturnom kontekstu. Identiteti su „često oblikovani pod kušnjom kolonijalizma, rasne i seksualne podčinjenosti te nacionalnih sukoba“⁴¹, što se također reprezentira jezikom. Kontekst pak nije čvrst nego sklon preoblikovanju, nerijetko s obzirom na promjene u odnosima moći. Govoriti o suodnosu jezika i identiteta znači govoriti o jezičnoj proizvodnji pojedinaca i zajednica, posljedično i kulture. Kultura i jezik prepleteni su na brojne načine što se zrcale u poslovicama, metaforama i metonimiji, usmenoj kulturi, diskursu ideologije i politike i drugdje, međutim nešto je manje razvidno da jezik ima performativnu ili tvorbenu moć te da sadrži informacije o odnosima moći i privilegijama u društvu. Identitet se tvori jezikom: jezikom se subjektu može utisnuti stigma, jezikom se manipulira, ugnjetava, zlostavlja. Jezik nam iscrta granice, ali je jezik arbitrar i dopušta prekoračenja, što znači da postojeći identiteti s vremenom mogu promijeniti značenje, a nove se identitetne kategorije stvoriti. Jezik bilježi protok vremena i promjene u značenju, hijerarhiji, atribuciji identiteta.

³⁷ Searle, John S., 1991. Govorni čini. Ogled iz filozofije jezika, Beograd: Nolit.

³⁸ Kategorija identiteta nepostojana je; razlika, pomak i odgoda jesu ključni za tvorbu nepostojanog identiteta multipliciranog subjekta. Vidljivo je to i kroz Derridin pojam diferancije kao odgođenog, nestabilnog i pomičnog značenja što se javlja kao posljedica nestabilnosti binarnih odnosa između znakova.

³⁹ Reprezentacija je proces „kroz koji pripadnici pojedine kulture koriste jezik (općenito definiran neki sustav koji postavlja znakove, neki označiteljski sustav) da bi proizveli značenje“ (Hall, 2002., 61). Riječ je o pojmu što se koristi da se uputi na predstavljanje jezikom, ali se reprezentacijom predočeno istodobno uspostavlja i ustrojava.

⁴⁰ Martinich, A. P., ur., 1996. The philosophy of Language, New York, Oxford; Hall, 2002.; Barker, 2003.; Stroll, Avrum 2005. Analitička filozofija u dvadesetom veku, Beograd: Dereta.

⁴¹ Alcof, 2004., 3.

Identitet je kulturni učinak, stoga je jezik, kao polazište i glavni resurs za kulturnu produkciju, u temelju proizvodnje identiteta. Identitet se pokazuje u jeziku i kroz jezik. Istraživanja konstrukcije identiteta nerijetko se oslanjaju na jezične izvore, koji doduše nisu jedino sredstvo u konstrukciji, ali su najrasprostranjenije.⁴² Čini to i kroz kategorije značenja i imena što ih pojedinci pripisuju sebi ili upisuju na druge u namjeri da reprezentiraju sebe ili pripadnost nekoj zajednici; jezik je prisutan i u interpretaciji tih značenja i imena, ali se identitet manifestira i kroz nijansirane načine jezične upotrebe.⁴³ „Koncept [identiteta] nas tjera da razmišljamo o razlozima i uvjetima pod kojima ljudi koriste jezik, načinu na koji ih drugi doživljavaju kao korisnike jezika, značenjima koja žele prenijeti u određenim situacijama i resursima koje privlače kako bi to učinili.“⁴⁴

Odnos subjekta prema naciji ili kulturi, književnom ili bilo kojem umjetničkom izražavanju tiče se jezika. Jezik nije homogen ili nepromjenjiv nego ga društveni i politički kontekst opskrbljuje različitim značenjima: jezično značenje i uopće upotreba jezika mogu se bitno razlikovati u dvije zajednice prostorno zanemarive udaljenosti, jednako kao što su i unutar tih zajednica zamjetne razlike s obzirom na generacije govornika. Lokalne razlike u upotrebi jezika nisu zaustavljene ni procesima globalizacije ni širenjem masovne komunikacije. Poznavanje jezika određene zajednice često je preduvjet za naseljavanje drugih povezanih identiteta, odnosno njegovo nepoznavanje uskraćuje pristup određenim diskursima i prostorima. Jezik može biti resurs ili oslonac za isticanje identiteta u slučajevima masovnih ograničenja, pa u tom smislu Eckert (1989.)⁴⁵ tvrdi da zbog rodne podređenosti ženama u mnogim kulturama nije dopušteno težiti stvarnim dostignućima u istoj mjeri kao što to čine muškarci; stoga se moraju više oslanjati na simboličke resurse, poput jezika, izgleda i osobnosti da bi se prikazali kao prihvatljivi kulturni članovi.⁴⁶

Ukratko, jezik ima tvorbenu moć: jezikom se kultura i identiteti konstituiraju, uspostavljaju se i afirmiraju nove zajednice, jezikom se subjekt priznaje i potvrđuje, jezikom se može utisnuti stigma, zlostavljati i tlačiti, ali u jeziku se otvaraju

⁴² Pri tome se ne misli isključivo na književnost nego i na životne priče reprezentirane u medijima, naprimjer intervjuima; na humor i viceve što su često oslonjeni na stereotipe i drugo.

⁴³ Usp. Joseph, John E., 2016. Historical perspectives on language and identity, u: *The Routledge Handbook of Language and Identity* (Preece, Siân ur.), 2016., 19-33.; Preece, Siân ur., 2016. *The Routledge Handbook of Language and Identity*, New York: Routledge.

⁴⁴ Zotzmann, Karin; O'Regan, John P., 2016. Critical discourse analysis and identity, U *The Routledge handbook of language and identity* (Preece, Siân ur.), London: Routledge, 2016., 113.

⁴⁵ Eckert, Penelope, 1989. *Jocks and burnouts: Social categories and identity in the high school*. New York: Teachers College Press.

⁴⁶ U slučaju podređenosti žene se ponekad oslanjaju na simboličke resurse – među kojima i na jezik – da se nametnu kao prihvatljivi članovi zajednice. Usp. Eckert i McConnell-Ginet, 1992.; McElhinny, 1998.

novi identiteti. Jezik nas određuje, što ujedno znači da nas jezik i omeđuje, pa utoliko osviještena i strateška upotreba svakodnevnog ili stručnog jezika može pridonijeti oblikovanju ili preoblikovanju identiteta u diskursu.

5. Diskurzivnost

Diskurs, kao skup isprepletenih elemenata prikladnih za opis određenog predmeta ili prostora u određenom povijesnom trenutku, prepoznaje se kao regulatorni za tvorbu moći i identiteta.⁴⁷ Pojedini diskurs stvoren je od ograničenog broja pojmova i praksi (diskurs književne teorije uključivat će pojmove dekonstrukcija, interpretacija, metonimija... diskurs prava pak zakon, spor, ugovor, pravda, arbitraža...), odnosno diskurs je uređeni način govora i postupanja kroz koji se ujedno oblikuje ono o čemu govori. Subjekt se tvori u diskursu, različitim mehanizmima discipliniranja. U diskursu se otvara mogućnost za autoritet i priznavanje, potvrdu i afirmaciju (različitog) drugog u zajednici, ali isto tako i za njegovo podčinjavanje, marginalizaciju ili isključenje iz zajednice. Da bi osigurao „pravo na govor“, bio vidljiv i mjerodavan, subjekt mora imati mjesto ili poziciju u diskursu: „Nitko ne može ući u diskurs kao govoreći subjekt ako ne zadovoljava izvjesne uvjete ili ako nije, od samoga početka, kvalificiran da to čini. Preciznije, nisu sva područja diskursa jednako otvorena i prohodna; neka su zabranjen teritorij (...), a druga su praktički otvorena (...) za sve.“⁴⁸ Pravo na govor pred studentima i ocjenjivanje njihova znanja stječe se tek nakon što predstavnici određene struke diplomama, nastupnim predavanjima i drugim mehanizmima autoriziranja to dopuste. Diskursi su značenja kojima se mobiliziraju pojedinačni načini gledanja na svijet, pa kada subjekt zauzme određenu identitetnu poziciju, on je istodobno i održava i reproducira. Mada su pojedini diskursi u kontinuiranim međuodnosima s drugim diskursima i društvenim praksama i u toj se interakciji bore za poziciju moći i za autoritet koji će im omogućiti da plasiraju znanje, nema takvog diskursa što bi obuhvatio sve. Diskurs ovisi o vremenu i mjestu, o kulturi i društvu. Naprimjer diskurs medicine u sebi je rascjepkan, zapadnjačka i istočnjačka medicina dva su bitno različita diskursa, a opet velika je razlika između sedamnaestostoljetne i suvremene zapadne medicine. Razmišljanja o „ludilu“ ili „seksualnosti“ kao i djelovanje spram tih kategorija bitno je različito u antici, renesansi ili suvremenosti. Subjekt i diskurs u recipročnom su i međusobno podržavajućem odnosu, subjekt se konstituira u diskursu, ali ujedno konstituira i sam diskurs. „Diskurs

⁴⁷ Foucault, 1982., 1994.a, 1994.b, 2013.

⁴⁸ Foucault, 1982., 225.

je oblik društvene akcije što igra ulogu u oblikovanju društvenog svijeta – uključujući znanje, identitet i društvene odnose – i to na način zadržavanja specifičnih društvenih obrazaca.⁴⁹

Međuodnos znanja i djelovanja ključni su za tvorbu diskursa: znanje je moć u smislu da onaj tko ima moć plasira (relevantno) znanje kojim se opet stječe moć. Moć stoga ne treba promatrati isključivo kao represivnu nego kao produktivnu. Moć je nužna pri distribuciji znanja: „Roditelji i učenici podčinjavaju djecu dok ih socijaliziraju. Pripadnici neke struke određuju sadržaj ispita i definiraju znanje neophodno da bi vam dozvolili stupiti u njihove redove. Tko god kaže ili pokazuje nekome kako se nešto radi, demonstrira moć nad njim. To nije stvar želje ili namjere. Prenosjenje znanja uključuje podučavanje; učenje podrazumijeva pokoravanje.”⁵⁰ Institucije su križišta moći (vlada, ministarstvo, nadbiskupija), no moć ne dolazi nužno s vrha nego je smještena u subjektima koji vrše izravnu interakciju s drugim subjektima (učitelji, svećenici, sudci) i stoga Foucault kaže da se moć širi kapilarno: najmanjim, ali najgušćim tokovima društvenog sustava. Moć je nerazdvojiva od otpora,⁵¹ a upravo je na tom recipročno usmjerenom djelovanju moći s jedne i otpora s druge strane J. Butler⁵² smjestila subjekt kao kliznu i nestabilnu točku.⁵³ Moć postaje djelatna kroz različite mehanizme na razini društva, kroz institucionalne i kulturne prakse, norme i konvencije, diskurzivne tehnologije kao što su kontrole (ulaz – izlaz), discipliniranja (u vojsci, svećeničkom redu), razdvajanja (ludi – razboriti, bolesni – zdravi) ili razmještanja (djevojčica i dječaka u školskim učionicama, crnaca i bijelaca u autobusima), isključivanja (nepostavljanjem rampe za osobe s invaliditetom na ulazu u kazalište), odbacivanja, neprihvatanja.⁵⁴ Procedure su nerijetko internacionalizirane do te mjere da su gotovo nerazpoznatljive.

Ključnu ulogu diskursa u tvorbi identiteta uočavaju također teoretičari E. Laclau i Ch. Mouffe⁵⁵, koji cijelo društveno polje motre kao diskurse u kontinuiranoj preoblici s drugim diskursima. Prilikom tih transformacija u diskursu se

⁴⁹ Jorgensen Marianne W., Louise J. Phillips 2002. *Discourse Analysis as Theory and Method*. London. 5.

⁵⁰ Belsey, Catherine, 2003. *Poststrukturalizam*, Sarajevo: Šahinpašić, 55., prijevod preinačen.

⁵¹ „Otpori ne proizlaze iz nekih heterogenih načela no oni ipak nisu mamac ili nužno iznevjereno obećanje. Oni su drugi član u odnosima moći; u njih su upisani kao nesvodiva sučeljena strana. I oni su, dakle, raspoređeni na nepravilan način: točke, čvorovi, žarišta otpora rasuti su u prostoru i vremenu s više ili manje gustoće, uobličujući katkad grupe i pojedince na konačan način, raspaljujući neke točke tijela, neke životne trenutke, neke tipove ponašanja.” Foucault, 1994.b, 67.

⁵² Butler, Judith, 2000.a. *Nevolje s rodom: Feminizam i subverzija identiteta*. Zagreb: Ženska infoteka.

⁵³ Vidi više i u: Peternai Andrić, Kristina. 2019. *Pripovijedanje, identitet, invaliditet*. Zagreb: Meandar Media.

⁵⁴ „/T/ri su velika sustava koja upravljaju diskursom – zabranjene riječi, odvajanje ludaka i volja za istinom.” Foucault, 1982., 219.

⁵⁵ Laclau; Mouffe, 2001.

privremeno učvršćuju značenja, a pri razmještanju znakova dolazi i do promjene hijerarhije među njima te jedan znak – privremeno – dobiva povlašten položaj pred ostalima (naprimjer osobe sa statusom branitelja nakon rata, sportaši nakon osvajanja odličja). Laclau i Mouffe te procese objašnjavaju pojmom hegemonije kao dominacije jedne određene perspektive. Intencija preuzimanja političkog i etičkog vodstva na nekom društvenom polju uzrokuje hegemonijske borbe tijekom kojih se iz sustava nerijetko isključuju – klasno, rodno, etnički i svi drugi manjinski – drugi i različiti koji su prepoznati kao prijetnja stabilizaciji poretka. Sama konstrukcija identiteta vodi porijeklo iz strukturnih odnosa u diskursu.⁵⁶ Antagonizam postaje vidljiv kada su subjektne pozicije u međusobnoj koliziji, odnosno u trenutku kada imaju suprotne ili isključive zahtjeve (naprimjer na pitanje pobačaja katoličanstvo i zakonodavstvo mogu dati oprečne odgovore, pa će subjekt čiji je vjerski identitet određen katoličanstvom nužno biti u procijepu, a što se dodatno usložnjuje u situaciji kada je riječ o liječniku katoliku koji treba izvršiti pobačaj). Sažeto, teorija identiteta Ernesta Laclaua⁵⁷ i Chantal Mouffe⁵⁸ izgrađena je oko sljedećeg: a) subjekt je fragmentiran, nikada potpun; b) subjekt priskrbljuje identitet kroz čin diskurzivne reprezentacije; c) identitet je učinak identifikacije sa subjektima u diskursu; d) identitet je diskurzivno oblikovan kroz lance istovjetnosti i suprotnosti; e) identiteti su promjenjivi jednako kao i diskurs; f) subjekt je necentriran, oslonjen na različite identitetne kategorije što se mijenjaju s obzirom na promjenu diskursa; g) subjekt će upravo drukčije identificirati u različitim situacijama, iz čega proizlazi da je identitet kontingentan, ali ne nuždan.⁵⁹ Subjektne pozicije kao što su luđak, histerična žena, homoseksualac (...) konstruirane su u različitim diskurzivnim režimima, ali gotovo istim sustavom djelovanja.

6. Performativno-diskurzivna teorija o tvorbi identiteta

Teorije o diskursu, ali i dosezi dekonstrukcije, psihoanalize, teorije performativa, interpelacije i druge našle su mjesto u procesu kojim je J. Butler objasnila konstrukciju rodnog (i svakog drugog) identiteta. Identitet kao uobličena

⁵⁶ „Razumijevanje društva kao diskurzivne konstrukcije prema Laclauu i Mouffe pretpostavlja identificiranje relevantnih subjektivnih pozicija kroz čvorišne točke oko koje je identitet organiziran (kao što su ‘učenik’, ‘zatvorenik’, ‘imigrant’) te prepoznavanje načina na koji je čvorište ispunjeno značenjem. Značenje unutar čvorišta uspostavlja se u odnosu na jednakost ili različitost od drugog, što za sobom povlači i pojavu antagonizma u smislu međusobnog isključivanja različitih identiteta.” Petermai Andrić, 2019., 110.

⁵⁷ Laclau; Mouffe, 2001.

⁵⁸ Mouffe, 2000., 2005.

⁵⁹ Jorgensen; Phillips, 2002.

„društvena temporalnost“⁶⁰ nastaje kroz diskurzivne prakse i djelovanja drugih kojima je subjekt od rođenja neposredno okružen, kroz slijed (citatnog) performativnog ponavljanja, identifikacije te usađivanjem normi i konvencija. Rod je proces ili nastajanje; „identitet koji se suptilno stvara u vremenu, koji se unosi u vanjski prostor kroz ‘stilizirano ponavljanje činova’“. Učinak roda proizvodi se stilizacijom tijela i zato se mora razumjeti kao svjetovni način na koji tjelesne geste, pokreti i različiti stilovi tvore iluziju stalno rodnog jastva. Ta formulacija premješta koncepciju roda od temelja supstancijalnog ili esencijalističkog modela identiteta do onog koji zahtijeva koncepciju roda kao konstituirane društvene temporalnosti.⁶¹ Performativni jezik i citatnost pri tome su fundamentalni jer nakon što se tek rođeno dijete odredi kao dječak ili djevojčica, nužno je to kontinuirano potvrđivati uvriježenim normama: oslovljavati s ona/on, odijevati u normativno prikladnu odjeću prihvatljive boje (djevojčice u ružičastu, dječake u plavu), opskrbljivati ih normativno prikladnim igračkama (lutkama, dječjim kolicima, pištoljima, autićima) i poticati određene prakse pripremajući ih za normativno prihvatljive uloge u odrasloj dobi (kućanica, majka, odnosno vozač, vojnik). Izjava „dječak je“ tako nije konstativ nego performativ, i to prvi – nikako jedini – u slijedu performativa koji subjektu poziciju neprestano moraju potvrđivati. Rod je, ukratko, izvedba što se tvori slijedom činova koji se ponavljaju; rod je „stalna diskurzivna praksa, otvoren je za interveniranje i ponovno označavanje“⁶². Ako se rod utemeljuje u diskursu kao učinak djelovanja drugih, znači da se pod drukčijim okolnostima mogao utemeljiti drukčije. U takvom se shvaćanju izvedba događa u svakodnevnom životu kao promišljen čin djelovanja.⁶³ U navedenoj teoriji tvorbe identiteta važan je i koncept „interpelacije“. Sam proces dijelom je onemogućen bez subjekta odaziva, njegova davanja ovlasti i moći pozivatelju, što J. Butler pojašnjava pojmom „interpelacije“ ili priziva,⁶⁴ izvorno pojmom L. Althussera kojim se u pozivu zakona prepoznaje tvorbeni, performativni kapacitet konstrukcije subjekta. Identitet se u mreži heterogenih institucija, diskursa i praksi oblikuje interpelacijom koja ima potenciju materijalizirati imenovano. Da bi se subjekt konstruirao, nije dovoljna jedna interpelacija nego to treba biti citatna, opetovana

⁶⁰ Butler, 2000.a, 141.

⁶¹ Butler, 2000.a, 141.

⁶² Butler, 2000.a, 45.

⁶³ Vidi više u: Butler, 1993., gdje govori o „regulatornoj fikciji“ (subverzija, performativnost), o dinamičnom i pregovaračkom karakteru i promjenjivosti u polazištu nekog identiteta.

⁶⁴ Louis Althusser kaže da ideološki državni aparati (škola, crkva, političke stranke i druge institucije) kroz proces interpelacije prizivaju, imenuju i označuju subjekte prije no što su se ustanovili kao subjekti te ih tim činom uvode u subjektu poziciju i društveno postojanje. Vidi više u: Althusser, Louis, 1986. Ideologija i ideološki aparati države - ogledi iz sociologije obrazovanja, u: Proturječja suvremenog obrazovanja (Flere, Sergej, ur.), Zagreb: Radna zajednica republičke konferencije SSO.

praksa: „performativna snaga jezika proizlazi iz ponavljanja prethodnih normi, prethodnih činova. Dakle, snaga uvrede; ‘Nastrani!’ ne proizlazi iz intencije ili ovlasti govornika, koji je vrlo vjerojatno neka žrtvi potpuno nepoznata budala, nego iz činjenica da povik ‘Nastrani!’ ponavlja u prošlosti uzviknute uvrede; interpelacije ili činovi oslovljavanja kroz reiteraciju posramljivanja i prezira (...) proizvode homoseksualni subjekt.“⁶⁵

Međutim, u prizivu je već sadržana mogućnost neuspjeha ili podbačaja, interpelacija ili priziv je (Austinov) „neposrećeni performativ“, što znači da se identiteti tvore i u pogrešnom prepoznavanju. „Upravo taj konstitutivni neuspjeh performativa, taj jaz između diskurzivne zapovijedi i njenog stvarnog učinka, omogućuje jezično pojavljivanje i usmjeravanje potonjeg neposluha.“⁶⁶ Tako dok Althusser subjekt promatra isključivo kao podčinjenog državnim ideološkim aparatima, Butler u subjektu prepoznaje mogućnost otpora.⁶⁷ Ako je moć s jedne strane neke zamišljene duljine, a otpor s druge strane te iste duljine, na „srednjem“ se položaju – kao mjestu ambivalencije – smjestio subjekt. Drukčije rečeno, subjektov se identitet tvori odazivom na poziv ili priziv drugih (roditelji, prijatelji) ili institucija moći (škola, crkva), ali se subjekt tom pozivu može i oduprijeti, pa se nalazi između moći i otpora; subjekt je učinak prethodne moći, ali moći kojoj se ne mora nužno pokoriti nego joj se može oduprijeti te kroz čin subjekt otvara mjesto za (političko ili etičko) djelovanje. Djelovanju prethodi (implicitan ili eksplicitan) priziv ili interpelacija s obzirom na to da se subjektu tek prizivom otvara pozicija u diskursu s kojega on može više ili manje učinkovito govoriti.⁶⁸

Tvorba identiteta u performativno-diskurzivnom smislu nerijetko se vrši imenovanjem kao govornim činom – imenovanje je jezični angažman što učvršćuje rodne, nacionalne, klasne i druge atribucije. Imenovanje prethodi konstrukciji identiteta i već je psihoanaliza izdvojila važnost imenovanja u tom smislu: „ako pozovem osobu kojoj govorim bilo kojim imenom koje joj odlučim dati, priopćujem joj subjektu funkciju koju će ona opet preuzeti u namjeri da mi odgovori,

⁶⁵ Culler, Jonathan (2001.) Književna teorija – vrlo kratak uvod. Zagreb: AGM. 122.

⁶⁶ Butler, 1993., 122.

⁶⁷ „/T/amo gdje postoji moć postoji i otpor, te taj otpor ipak, ili bolje rečeno samim tim, nikada nije u izvanjskom položaju spram odnosa moći.“ Foucault, 1994.b, 67.

⁶⁸ Butler zagovara parodiju i subverziju kao strategiju otpora vladajućim strukturama. Naime, produkcija rodno ili bilo kojeg drugog identiteta ovisna je o ideologiji koja će taj identitet učiniti prepoznatljivim i legitimnim, a rodne izvedbe, osim što su ponavljanje hegemonijskih praksi, potencijalno mogu uključivati element namjernog djelovanja, posebno u onim izvedbama što pokušavaju osporiti ili subvertirati dominantne ideologije uz stiliziranje, isticanje i pretjerivanje s ideološkim asocijacijama. Riječ je o izrazito političkim izvedbama što pretpostavljaju prepoznavanje identiteta marginaliziranog identiteta (homoseksualnog, rasno obojenog, klasno istaknutog i sl.) i prepoznavanje njegove subverzije.

čak iako je to zbog toga da se te funkcije odrekne.“⁶⁹ Imenovanje je lociranje, smještanje, propisivanje mjesta s kojeg će se subjekt odazvati, ali stabilizacija imena nesigurna je i učvršćivanje identiteta imenom ovisi o njegovu korištenju. Samo ime nema čvrsto značenje nego je „prazni označitelj“ kojim se identitet ne može odrediti, ali je proces imenovanja nuždan za tvorbu subjekta i njegovu ovjeru u društvenoj zajednici. Jednako kao i druga jezična značenja, ime mijenja značenje u upotrebi: od ponižavajućeg može iskazati postignuće ili visok društveni položaj, ali i obrnuto.⁷⁰

Isti mehanizam djeluje i pri afirmativnom i pri pogrđnom imenovanju: „ako me netko oslovi uvredljivim imenom, postajem socijalno biće, i budući da sam na neki način neminovno privržena svom postojanju (...) navedena sam da prigrlim nazive zato što me oni socijalno konstituiraju.“⁷¹ Subjekti tvoreni uvredljivim nazivom uvedeni su u diskurs kao subjekti, ali im je subjektna pozicija degradirana ili neljudska. Naziv, makar i negativno intoniran, s vremenom može promijeniti značenje i od početne uvrede prerasti u pozitivno ili čak poželjno ime. Primjer za to jest upravo oznaka *queer*, što se svojedobno dodijelila pripadnicima homoseksualne zajednice i ostalim zajednicama odmaknutim od heteronormativne matrice kao uvreda i pogrda, a oni su je prihvatili jer su tim činom zapravo priznati kao subjekti, dobili su mjesto u jeziku i diskursu s kojeg su mogli djelovati, boriti se za svoja prava, pregovarati o povoljnijoj društvenoj poziciji.⁷² Preko uvredljivog naziva konstituirali su identitet i osigurali polazište iz kojeg su se odupirali i suprotstavljali važećim normama i konvencijama. Postupno u određenim, mada ne svim, diskursima biti *queer* više nije bila uvreda nego prihvaćena subjektna pozicija (naprimjer 90-ih godina 20. stoljeća glavne junakinje vodećih popularnih televizijskih serija imale su kao najboljeg prijatelja homoseksualca). I afirmativno i negativno imenovanje počiva na istim mehanizmima međutim ako imenovanje izostane, izostaje i tvorba subjekta: subjekt je nevidljiv, bez položaja s kojeg bi se mogao reprezentirati, zauzeti za vlastite ciljeve, pregovarati, pokazati otpor prema vladajućim normama i konvencijama. Neutralnog imena nema, ime može biti pokretač društvene mobilizacije ili etičke dužnosti i stoga je svim imenovanjima ugrađena etičko-politička dimenzija. Shvaća li se jezik kao performativ ili alat za

⁶⁹ Lacan, Jacques, 1968. The language of the self. The Function of Language in Psychoanalysis, Baltimore i London: The John Hopkins University Press, 64.

⁷⁰ Culler, 2001.; Butler, 1997.a.

⁷¹ Butler, 1997.a, 104.

⁷² „Uzevši za svoje ime epitet ‘Nastrani!’ (*Queer!*) – homoseksualci uzvraćaju društvu najžešću uvredu s kojom se susreću. Izazov je u tome što isticanje naziva može dovesti do promjene njegova značenja – od uvrede postaje znakom počasti.“ Culler, 2000., 119.

djelovanje, on postaje ključni medij za uspostavu identiteta⁷³ U tom smislu jezikom se svijet ili subjekt ne zrcali niti se opisuje nego se tvori. Ako u jeziku nema pojma ili imena za određenu subjektnu poziciju, nema ni subjekta jer nema pozicije na kojoj bi se mogao privremeno učvrstiti i s nje odazvati.⁷⁴ Ne uspijevaju se svi subjekti konstruirati prema kulturno prepoznatim i afirmiranim društvenim normama: „sam pojam ‘osobe’ dolazi u pitanje kada se pojave ona ‘nekoherentna’ ili ‘diskontinuirana’ rodna bića koja jesu osobe, ali se ne uspijevaju prilagoditi rodnim normama kulturalne spoznatljivosti kojima se definiraju osobe.”⁷⁵ Potlačeni su ipak pojmljivi, ali najlošija je pozicija onih bezimernih i nepriznatih subjekata, pojedinaca ili zajednica za koje nema mjesta u jeziku, pa ni društvu. Nisu svi pojedinci slobodni odabrati svoje identitete, njihovo je „nastanjivanje” ipak ograničeno različitim faktorima.⁷⁶ Suvremeni mediji kroz naprimjer reklame najrazličitijeg profila (za donje rublje, gazirana pića, banku, trenera za osobni razvoj...) odašilju poruku da je izbor sveprisutan, pojedinac najveći gospodar vlastitog života, slobodan odabrati između brojnih mogućnosti i ponuđenih alternativa, pa se vlastiti život nerijetko shvaća „kao veliki sklop odluka i izbora”⁷⁷. Međutim, sloboda izbora dostupna je tek nekolicini, a nedostatak resursa, neimaština, uopće loše ekonomske okolnosti uglavnom onemogućuju slobodan izbor.⁷⁸ Konstrukcija identiteta uvjetovana je ekonomskim elementima, ukratko – ovisi o prihodima i imovini. Tvorba i pregovaranja o identitetu podređeni su tome kojim diskurzivnim prostorima subjekti imaju pristup. Pregovaranje o identitetu dijelom ovisi i o tome koji su im identitet drugi pripisali jer pripisani identiteti mogu biti ograničavajući i diskriminatorni. Riječju, nisu sve subjektne pozicije jednako

⁷³ Austin, 1962.; Bourdieu, Pierre, 1992. Što znači govoriti. Ekonomija jezičnih razmjena. Zagreb: Naprijed; Butler, 1997.b; Peternai, Kristina, 2005. Učinci književnosti. Performativna koncepcija pripovjednog teksta, Zagreb: Disput.

⁷⁴ Butler, 1993., 2000.a, 2004.

⁷⁵ Butler, 2000.a, 31.

⁷⁶ Blommaert, Jan, 2006. Language policy and national identity, u: Language policy: theory and method (Ricento, Thomas, ur.), Oxford: Blackwell, 2006., 238-254.

⁷⁷ Salecl, 2012., 7.

⁷⁸ Osnovna je teza R. Salecl (2012.) da postindustrijski kapitalizam potiče ideju izbora, odnosno ideja izbora snažno je ideološko oruđe potrošačkoga društva. Kao osnovno pitanje nameće se zašto ljudi prihvaćaju ideju izbora i što s time dobivaju ili gube. Salecl tvrdi da prevelika mogućnost izbora paralizira subjekt, koji odluku o izboru nužno odgađa „Paradoks je u tome da opsesivnost koju potiče ideologija kasnog kapitalizma zapravo ostavlja vrlo malo mjesta za izbor. Krajnje kontrolirani pojedinac, koji je uvijek pod nadzorom, koji strahuje od nereda i skameni se od pomisli na smrt, pronalazi vrlo malo užitka u igri ostvarivanja navodno bezgraničnih izbora. Osjeća tjeskobu zato što mu ne uspijeva biti savršeni ‘biratelj’. Zato sebi stalno izmišlja nove načine ograničavanja izbora.” Salecl, Renata, 2002. Protiv ravnodušnosti. Zagreb, Sarajevo: Arkzin 154-155. Na neki način paraliziran subjekt, opterećen i zaokupljen vlastitim problemima i nedostacima, ne može šire društveno djelovati.

dostupne za sve. Z. Bauman⁷⁹ u tom smislu govori o potklasi, odnosno o „šarenoj zbirci ljudi“ koji su povezani s uglavnom društveno neprihvaćenim subjektnim pozicijama: neobrazovani, samohraniroditelji uglavnom bez primanja, socijalni slučajevi, sadašnji ili bivši ovisnici, beskućnici ili prosjaci i slični drugi.

7. Drugi i razlika

Svaka konstrukcija identiteta tiče se u nekoj mjeri i različitosti i jednakosti (ili barem sličnosti). Mehanizmi tvorbe identiteta jesu uspostavljanje sličnosti te razlikovanje ili distinkcija (Bourdieu) u smislu stvaranja vidljive razlike. Identiteti se stvaraju različitim procesima koji uključuju uočavanje sličnosti i razlika da bi se te sličnosti i razlike hijerarhijski organizirale na raznovrsne načine.⁸⁰ Značenje identiteta prepoznaje se i prema onome što nije i kroz ono što isključuje, što, prema Derridi, znači da se identiteti tvore u „igri razlika“, unutar odnosa i kroz višestruke odnose prema drugim kategorijama identiteta.

Važnost drugih u tvorbi identiteta istraživala je već danas uglavnom pobijena psihoanaliza: psihoanalitička (Freud, Lacan) teza jest ta da se identitet stvara od rođenja, u odnosima s drugima, isprva ograničenim na roditelje i najužu obitelj, a kasnije proširenim različitim drugima s kojima subjekt ulazi u komunikaciju. Tako se subjekt postupno uvodi u simbolički poredak jezika i zakona u smislu da malo pomalo usvaja postojeću kulturu prisutnu u bogatstvu jezika i značenjima korištenih pojmova, običajima, načinu života, vrijednostima i njihovoj piramidi. U subjektovu životu kasnije će vjerojatno važni drugi (uz obitelj) biti prijatelji ili kolege, dakle drugi koje subjekt sam odabire, ali svi drugi, neovisno samostalno odabrani ili nametnuti, imaju potencijal odrediti subjekt, čak i oni drugi koji u određenom trenutku izostanu (subjekt može bitno biti određen naprimjer izostankom roditelja ili prijatelja). Međutim drugi nisu nužno materijalizirani, što-više, drugi mogu biti posredovani kulturnim proizvodima; egzistirati kao likovi ili figure u knjigama, filmovima, na jumbo plakatima, u televizijskim reklamama, u magazinima... Drugi se prepoznaju kao slični ili različiti, pa identifikacijom mogu učvrstiti postojeći identitet subjekta (glazbenika, matematičara, katolika, rasista...) ili identifikacija može izostati. Tvorba identiteta odvija se u pridruživanju

⁷⁹ Bauman, 2004.

⁸⁰ „Hijerarhije kolektivne identifikacije mogu se sukobiti s hijerarhijama pojedinačne identifikacije, što znači da ovo što slijedi može imati potpuni interakcijski smisao: mrzim sve A-ove; ti si A; ali ti si moj prijatelj. Uzete zajedno, ove točke sugeriraju da kategorički imperativi vjerojatno neće biti sami po sebi dovoljni vodič, te da je sposobnost razlikovanja drugih na suptilan i precizan način svakodnevna nužnost.“ Jenkins, Henry, 2006. *Convergence Culture: Where Old and New Media Collide*. New York: NYU Press, 7.

s jedne te uspostavi razlike s druge strane: identitet je istodobno i uključivanje i isključivanje. Subjekt je ili jednak ili različit od ostalih subjekata ili grupa.⁸¹ Subjekt se tvori kroz razliku, s obzirom na ono što subjekt nije i ono što mu manjka, s obzirom na „konstitutivnu izvanjskost“: „identiteti se konstruiraju kroz razlike, a ne izvan njih. (...) preko odnosa s Drugim, u odnosu prema onome što on nije, prema onome što mu nedostaje, prema onome što se naziva konstitutivna izvanjskost“⁸². Razlika, odnosno drugi, osiguravaju uvjete za tvorbu identiteta, identitet se ne može konstruirati kao samosvojan ili neovisan, oslobođen odnosa s drugim – kulturama, vremenima, zajednicama, pojedincima, religijama... Identitet se razvija i ostvaruje u međudjelovanju s drugima.⁸³ Društvena dinamičnost identiteta posljedica je njegove tvorbe kao usporedivog ili sličnog i suprotnog ili različitog (Hrvatica sam, što znači da nisam Francuskinja ni Iranaka; plavuša sam, što znači da nisam ni crnka ni brineta).⁸⁴ Za komplementarnu perspektivu identiteta nužne su i sličnosti i razlike; „istovjetnost i razlika nisu objektivna stanja, već fenomenološki procesi koji proizlaze iz socijalne interakcije“⁸⁵. Navedeno je vidljivo pri tvorbi kolektivnih identiteta jer su pojedinci što se odluče grupirati „vođeni ne nekom već postojećom i prepoznatljivom sličnošću, već agencijom i moći (...) društveno grupiranje je proces što uključuje ne samo otkrivanje ili priznavanje sličnosti što prethode identitetu i uspostavljaju ga, nego, još fundamentalnije, pronalaska sličnosti umanjivanjem razlike“⁸⁶. Odnosno, u namjeri da se osigura dovoljna sličnost između pojedinaca ili grupa, pri traženju društveno priznate sličnosti dolazi do poništavanja potencijalnih razlika s obzirom na pojedinačnu situaciju. U osnovi političkog organiziranja, koalicija ili sličnih zajednica često se mora pribjeći njihovoj izgradnji na temelju sličnosti, a zanemarujući međusobne razlike. Razlika implicira antagonizam, pa i procese marginalizacije, isključivanja, nasilja. Kroz te je koncepte J. Derrida pripremio put za tumačenje govornog čina ili performativa u tvorbi identiteta i usmjerio raspravu spram etičko-političkih pitanja. Još je jedan Lacanov koncept zadržan u suvremenim teorijama identiteta, koncept „prošivnog boda“ (*point de capiton*). Naime, značenja što se pridaju određenoj subjektnoj poziciji nisu stalna, ali se privremeno mogu ustaliti i tako tvoriti privid čvrstog značenja.⁸⁷

⁸¹ Derrida 2007.; Hall, 1996., 2002., 2005.

⁸² Hall, 1996., 5.

⁸³ Derrida, 1999.

⁸⁴ Međutim, taj se sustav razlika preslikava i unutar subjekta: „nekoj je kulturi svojstveno da nije identična samoj sebi. Ne da nema identiteta, već da se ne može identificirati, reći 'ja' ili 'mi', da može poprimiti oblik subjekta samo u ne-identitetu prema sebi ili, ako vam je draže, u razlici sa sobom. Ne postoji kultura ili kulturni identitet bez te razlike sa sobom.“ Derrida, 1999., 47-48.

⁸⁵ Bucholtz; Hall, 2005., 369.

⁸⁶ Bucholtz; Hall, 2005., 370.

⁸⁷ Ukratko, prošivni bod jest ona pozicija u označiteljskom lancu na kojoj označitelj zaustavlja protok ili klizanje značenja.

Transgresija ili prelazak neke granice, neovisno o tome je li riječ o granici discipline, granici kulture ili granici sebstva, nerijetko izaziva snažne emocije i može biti inspirativan, upravo zbog reprezentiranja razlika ili neusklađenosti, međutim može izazvati i strah od drugog. Mnogi znanstvenici, pa i književnici, primijetili su da se čovjek najviše boji dodira s nepoznatim; strahujemo od toga što bi nam drugi mogli učiniti i pitamo se bismo li mogli preživjeti taj susret s nepoznatim. U tom smislu rasprave o identitetu i alteritetu mogu uključiti i rasiističke i ksenofobične reakcije koje pojedinci razvijaju u odnosu spram drugog. U principu polarizacije mi – oni može se stvoriti pukotina za neprijateljsko sučeljavanje s omraženim drugim i zastrašujućim drugim. Primjer takve polarizacije jest orijentalizam (omalovažavanje svega istočnog poima se kao subaltern kultura, zaostala i iracionalna u usporedbi s modernim zapadom i prosvjetiteljstvom, na što su najčešće reakcije i strah i mržnja), zastupljen u teorijama Edwarda Saída⁸⁸. Drugo se u diskursu identiteta javlja kroz pojmove alteriteta, tuđeg, stranog, nepoznatog... Već postojanje nečeg različitog od nama poznatog na neki način narušava sigurnost i uznemirava. Prema antiesencijalističkom shvaćanju, identitet se tvori kroz „igru razlika“ tako što se pozitivno značenje pretpostavlja na osnovi onoga isključenog. Drugi se nadvija „kao sjena“⁸⁹ u suvremenim diskursima o identitetu: izmiče svijesti i spoznaje ono što barem djelomično, ako ne u potpunosti, ostaje izvan prostora grupe i kulture. Drugo je i ne-ja i ne-mi, odnosno problematizira se i u pitanju pojedinačnog i kolektivnog identiteta. Identitet se tvori interakcijom. Konzumacija stranog događa se na svim razinama – kulturna i materijalna dobra, gastronomija, odijevanje...⁹⁰ S drugima smo sučeljeni i otvara se pitanje možemo li i na koji način prihvatiti zbilju drugog, odnosno na koji se način možemo ophoditi sa značenjem koje mi imamo za drugog. Drugo je nužno nesigurno i diskutabilno, izaziva tjeskobu i strah. S druge strane, drugost je nužna za opstanak, svijet bez razlike bio bi nesaglediv i nepodnošljiv. Perspektiva stranca, njegov „pogled izvana“ može osvježiti način prosuđivanja, ujedno upozoriti na slijepe pjege i svojevrсно proširiti domicilno vidno polje. Drugi je nuždan za promjenu i kreativnost, iz čega proizlazi da za druge vežemo ambivalentne osjećaje, stavove i misli. Drugi je potencijalni izvor mogućnosti: „Drugost može predstavljati potencijal za društveno i kulturno nadopunjavanje i obnovu.“⁹¹

⁸⁸ Said, Edward, 1993. *Culture and Imperialism*. New York: Knopf; Said, Edward, 2000. *Orijentalizam*. Zagreb: Konzor.

⁸⁹ Bennett, Tony, ur. 2005. *New Keywords: A Revised Vocabulary of Culture and Society*, Wiley-Blackwell.

⁹⁰ Za susret s drugim nije nužno putovati u daleke zemlje, početkom 20. stoljeća sociolozi (G. Simmel, R. Park) komentirali su prisutnost i značaj stranaca u modernim gradovima uočavajući da stranci donose nove i revitalizirajuće mogućnosti urbanoj kulturi, odnosno širenje kulturnih horizonata. Stoga se drugost može pronaći kao element kulturnog i političkog života gradova.

⁹¹ Bennet, 2005., 250.

Iako je identitet neuhvatljiv ili neopipljiv (fikcija ili priča), svijest ili ideja o vlastitom identitetu i identitetu drugog neizbježna je za uspješnu komunikaciju: da bismo razumjeli pogled na svijet i vrijednosti drugog, njegov način života i kulturu, i barem ih tolerirali ako ne i prihvatili, moramo razumjeti tko smo ili tko nismo, kako smo to postali, koja je uloga tih i svih drugih u našim životima. Pojedinaac je aktivni sudionik kulture: u nastojanju da shvati vlastiti identitet i svijet kojim je okružen poseže za njezinim znakovima i simbolima. Kada istražujemo identitet, istražujemo zapravo društvenu i ideološku proizvodnju značenja. Značenje je kontingentno i uspostavilo se kroz kontinuiranu upotrebu, tradicijom, ličnostima (iz svijeta znanosti ili umjetnosti, velikih vojskovođa ili ratnika, svetaca ili razbojnika) i predmetima koji su s vremenom osigurali prepoznatljivost (naprimjer zastava, grb i himna kao simbol nacije), prošlim događajima upisanim u povijest. Identitet je učinak kulture. Učenjem o kulturi i usvajanjem kulturnih obrazaca stvara se kulturni identitet: govorimo o tome da se članovi jedne kulturne grupe identificiraju i izgrađuju s uporištem u zajedničkim obrascima razlikujući pritom subjekte drukčijeg identiteta i pripadnike druge kulturne grupe.⁹²

Preferirana garderoba, frizura ili tetovaže, kao i drugi oblici (rodnog, etničkog i svakog drugog) izražavanja identiteta osciliraju u diskursu – različiti su s obzirom na lokacije i povijesna vremena. Jednako i značenje pojedinih kategorija (muževnosti ili ženstvenosti naprimjer – ne znače isto govorimo li o renesansi ili suvremenosti). Na tvorbu identiteta velik utjecaj ima okruženje u kojem pojedinci žive i rade, kao i priroda odnosa koje njeguju ili koje ne mogu izbjeći. Identitet se javlja kao odgovor na susret, najčešće u onim komunikacijama ili događajima što propituju granice pojedinaca ili grupe. Opresivni događaji često se drže ključnima za razvoj identiteta, čime se problematiziranju otvaraju područja moći, privilegiranja, prava i društvene pravde, pa i stigme i traume.

Antiesencijalizam potiče da identitetne kategorije i odnose moći sagledamo u povijesnom kontekstu, u pojedinačnoj vremenskoj i mjesnoj konfiguraciji, odnosno da svaku pojedinačnu identitetnu tvorbu barem privremeno odredimo u mreži društvenih odnosa uz uvažavanje različitosti, hibridnosti, promjenjivosti, porodne granice između i unutar društvenih grupa. Pojmovi koji opisuju okolni svijet i druge (među kojima su naprimjer „starci“, „Česi“, „pustaraši“, „PTSP-ovci“, „lezbijke“) mogli su se napuniti i drugim značenjima, pa nerijetko i znače drugo u drugim možda ne tako dalekim kulturama ili vremenima. Unatoč razvijanju svijesti o uvažavanju različitosti, esencijalistički stav i stereotipna poimanja identitetnih kategorija ni danas nisu u potpunosti napušteni: „Za muškarce

⁹² Svijest o vlastitom identitetu i identitetu drugog neizbježna je za razvoj interkulturalne kompetencije.

se obično misli da su 'prirodno' dominantni, orijentirani na hijerarhiju i gladni moći, dok se žene promatra kao njegovateljice, odgajateljice djece i osobe sklone kućanstvu."⁹³ Ako se patrijarhat dijelom i prevladao, pitanje identiteta usložnjuje se uslijed društvenih i kulturnih promjena povezanih s globalizacijom: „širenje transnacionalnih kulturnih tokova (ljudi, roba, medija i informacija), čini se da djeluje na destabilizaciju ustaljenih i utvrđenih identiteta."⁹⁴ Svojedobno je izrazito utjecajna bila postkolonijalna teorija s osloncem na djelovanje Eduarda Saida⁹⁵ i razlikovanje binarnosti: ja – drugi; Okcident (Zapad) – Orijent (Istok), a na kojima je utemeljen normativni zapadni identitet nasuprot istočnog drugog uključujući i hijerarhiju vrijednosti. Međutim, suvremeno društvo, globalizirano, transkulturno, transnacionalno, multijezično (...) sve se teže može sagledati iz takve perspektive. U novim okolnostima nužno je propitati uvriježene kategorije i konfiguracije te druge poznate izvjesnosti i referentne točke. Restriktivni i ograničavajući „stari“ identiteti na neki se način učincima globalizacije mogu i razriješiti. Primjer za uspješno prevladavanje okvira dao je Z. Bauman epizodom iz vlastita života⁹⁶ kada je, kao Poljak po rođenju a Britanac po izboru, tijekom dodjele počasnog doktorata na Karlovu sveučilištu u Pragu trebao odabrati himnu za ceremoniju dodjele. S izmiješanom samopercepcijom doseljenika i pridošlice u Britaniju, odnosno izgnanika i isključenog ranije oduzetim poljskim državljanstvom, Bauman se odlučio za europsku himnu: „Odnosila se na entitet koji obuhvaća obje izmjenične referentne točke mog identiteta, ali je u isto vrijeme poništila – kao manje važne ili nevažne – razlike između njih, a time također i mogući 'rascjep identiteta'."⁹⁷

Identitet migranata koje karakterizira liminalno i nesigurno egzistiranje, bez čvrste projekcije budućnosti, neizbježno uključuje raseljavanje, potragu za novim mjestom kojem se može pripadati, uključuje učenje novog jezika, susret s drukčijom kulturom, drukčijom religijom, politikom, praksom svakodnevice. U različitim se procesima društva identiteti istodobno i kulturno fragmentiraju, ali ih učinci globalizacije pokušavaju homogenizirati. Stoga u namjeri da se zadrži staro i poznato, „tradicionalno“, ono naučeno i subjektu prihvatljivo, s čime se kao pojedinac ili grupa može identificirati, dolazi do jačanja i pojave novih etničkih, vjerskih ili kulturnih identiteta (naprimjer neonacionalizam u Istočnoj Europi, religijski fundamentalizam). Riječ je o nastojanju da se pokuša obraniti kategorija

⁹³ Barker, 2003., 231.

⁹⁴ Bennet, 2005., 174.

⁹⁵ Said, 1993., 2000.

⁹⁶ Detaljno opisano u: Bauman, 2009., 15-16.

⁹⁷ Bauman, 2009., 16.

identiteta kao istosti, konvertiranosti, međutim takvi pokušaji nerijetko mogu biti nasilni, čak militantni.

Globalne promjene, sa svim mogućnostima i razvedenim oblicima, upućuju i na načine na koje smo upleteni u društvene i kulturne identitete. Globalizacijom se otvaraju mjesta za nove identifikacije, različite i složenije izbore, veće su mogućnosti pregovaranja, više je prostora za različitost, pluralizam, preoblike, prekoračenja, transgresije. Ukratko, mogućnost za uspostavljanjem različitih identiteta proširena je: „Globalizacija je proširila repertoar identiteta te, što je važnije, radi na promjeni temelja našeg odnosa prema identitetu.“⁹⁸ Ključno je stoga razumjeti zašto se identiteti tvore i načine na koje se tvore, pa i razaznati i uvažiti različite dimenzije identiteta kao društvenog, političkog i kulturnog produkta.

Korišteni izvori

- Alcoff, Linda Martín, 2000. Who's Afraid of Identity Politics?, u: *Reclaiming Identity: Realist Theory and the Predicament of Postmodernism*. (Moya, Paula M. L.; Hames-García, Michael ur.), Berkeley: University of California Press, 2000., 312-443.
- Alcoff, Linda; Mendieta, Eduardo, ur., 2004. *Identities: race, class, gender, and nationality*, Wiley-Blackwell.
- Althusser, Louis, 1986. *Ideologija i ideološki aparati države - ogledi iz sociologije obrazovanja*, u: Proturječja suvremenog obrazovanja (Flere, Sergej, ur.), Zagreb: Radna zajednica republičke konferencije SSO.
- Austin, John L., 1987. Performativni iskazi, u: *Kontekst i značenje* (Mišević, Nenad; Potrč, Matjaž ur.), Rijeka: Izdavački centar Rijeka, 1987., 29-39.
- Austin, John L., 1975. (1962.) *How to Do Things with Words*, Cambridge. (hrv. izdanje Austin, John L., 2014. *Kako djelovati riječima*, Zagreb: Disput.)
- Barker, Chris, 2003. *Cultural Studies. Theory and Practice*, London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications Ltd.
- Barker, Chris; Galasiński Dariusz, 2001. *Cultural Studies and Discourse Analysis. A Dialogue on Language and Identity*, London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications Ltd.
- Bauman, Zygmunt, 2004. *Identity: conversations with Benedetto Vecchi*, Cambridge: Polity Press. (hrv. izdanje Bauman, Zygmunt, 2009. *Identitet: Razgovori s Benedettom Vecchijem*, Zagreb: Naklada Pelago.)
- Belsey, Catherine, 2003. *Poststrukturalizam*, Sarajevo: Šahinpašić.
- Bennett, Tony, ur., 2005. *New Keywords: A Revised Vocabulary of Culture and Society*, Wiley-Blackwell.

⁹⁸ Barker, 2001., 175.

- Bhabha, Homi K., 2004. *The Location of Culture*, London, New York: Routledge.
- Biti, Vladimir, 2005. *Doba svjedočenja*, Zagreb: Matica hrvatska.
- Blommaert, Jan, 2006. Language policy and national identity, u: *Language policy: theory and method* (Ricento, Thomas, ur.), Oxford: Blackwell, 2006., 238-254.
- Boas, Franz, 1940. *Race, Language, and Culture*, MacMillan.
- Bourdieu, Pierre, 1992. *Što znači govoriti. Ekonomija jezičnih razmjena*. Zagreb: Naprijed.
- Bucholtz, Mary; Hall, Kira, 2005. Language and Identity, u: *A Companion to Linguistic Anthropology* (Duranti, Alessandro, ur.), Blackwell Publishing, 2005., 369-394.
- Butler, Judith, 2004. *Undoing Gender*. New York, London: Routledge.
- Butler, Judith, 2005. *Giving an Account of Oneself*. New York: Fordham University Press.
- Butler, Judith, 1993. *Bodies that matter: on the discursive limit of „sex“*. London: Routledge.
- Butler, Judith, 1997a. *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection*. Stanford University Press.
- Butler, Judith, 1997b. *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. New York: Routledge.
- Butler, Judith, 2000a. *Nevolje s rodom: Feminizam i subverzija identiteta*. Zagreb: Ženska infoteka.
- Butler, Judith, 2000b. *Antigone's Claim. Kinship between Life and Death*. New York: Columbia University Press.
- Butler, Judith; Laclau Ernesto; Žižek Slavoj, 2007. *Kontingencija, hegemonija, univerzalnost: suvremene rasprave na ljevici*, Zagreb: Jesenski i Turk.
- Butler, Judith, 1993. *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of „Sex“*, New York: Routledge.
- Comaroff John L.; Comaroff Jean, 2009. *Ethnicity, Inc.*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Culler, Jonathan, 2001. *Književna teorija. Vrlo kratak uvod*. Zagreb: AGM.
- D'Andrea, Anthony, 2007. *Global Nomads. Techno and New Age as transnational countercultures in Ibiza and Goa*, New York, London: Routledge.
- Davis, J. Lennard, ur., 2014. *The Disability Studies Reader*. New York, London: Routledge.
- De Saussure, Ferdinand, 2000. *Tečaj opće lingvistike*, Zagreb: ArTresor naklada, Institut za hrvatski jezik i jezikoslovlje.
- Deleuze, Gilles; Guattari, Felix, 2017. *Što je filozofija*. Zagreb: Sandorf & Mizantrop.
- Deleuze, Gilles, 1989. *Fuko*. Sremski Karlovci: Izdavačka knjižarska zajednica Zorana Stojanovića.
- Deleuze, Gilles, 1994. *Difference and Repetition*. New York: Columbia University Press.
- Derrida, Jacques, 1976. *O gramatologiji*. Sarajevo: Veselin Masleša.
- Derrida, Jacques, 1977. *Limited Inc*. Illinois: Evanston.
- Derrida, Jacques, 1993. *Sablasti Marxa*. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada.
- Derrida, Jacques, 1995. *On the name*. Stanford University Press.
- Derrida, Jacques, 1999. *Drugi smjer*. Zagreb: Institut društvenih znanosti Ivo Pilar.
- Derrida, Jacques, 2002. *Sablasti Marxa: stanje duga, rad tugovanja i nova Internacionala*. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada.
- Derrida, Jacques, 2007. *Pisanje i razlika*. Sarajevo, Zagreb: Šahinpašić.

- Du Gay, Paul; Evans, Jessica; Redman, Peter, ur., 2005. *Identity: a reader*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage.
- Dyer, Richard, 2006. Stereotyping, u: *Media and Cultural Studies: Keywords*, (Meenakshi Gigi Durham; Douglas M. Kellner ur.), Blackwell, 2006., 353- 365.
- Eckert, Penelope; McConnell-Ginet, Sally, 2006. *Language and Gender*. New York: Cambridge University Press.
- Eckert, Penelope, 1989. *Jocks and burnouts: Social categories and identity in the high school*. New York: Teachers College Press.
- Felman, Shoshana, 1993. *Skandal tijela u govoru*. Zagreb: Naklada MD.
- Foucault, Michel, 1982. *The Archaeology of Knowledge & The Discourse on Language*. New York: Vintage.
- Foucault, Michel, 1984. Politics and Ethics: An Interview, u: *The Foucault Reader*. (Rabinov, Paul, ur.) New York: Pantheon.
- Foucault, Michel, 1994a. *Nadzor i kazna: radanje zatvora*. Zagreb: Informator.
- Foucault, Michel, 1994b. *Znanje i moć*. Zagreb: Nakladni zavod Globus.
- Foucault, Michel, 2002. *Nenormalni*. Novi Sad: Svetovi.
- Foucault, Michel, 2010. *Spisi i razgovori*. Beograd: Fedon.
- Foucault, Michel, 2013. *Povijest seksualnosti 1 – Volja za znanjem*. Zagreb: Domino.
- Nyamnjoh Francis B., 2010. Racism, Ethnicity and the Media in Africa: Reflections Inspired by Studies of Xenophobia in Cameroon and South Africa, u: *Africa Spectrum*, 45/1, 57-93.
- Goffman, Erving, 1990. *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Penguin Books.
- Grosz, Elizabeth, 1985. Criticism, feminism and the institution. An interview with Gayatri Chakravorty Spivak. *Thesis Eleven* 10/11: 175–89.
- Hall, Stuart, 1996. Introduction: Who Needs 'Identity', u: *Question of Cultural Identity*, (Hall, Stuart; du Gay, Paul ur.), London: Sage, 1996., 1-17.
- Hall, Stuart, 2006. Kome treba 'identitet'?, u: *Politika teorije – zbornik rasprava iz kulturalnih studija* (Duda, Dean ur.), Zagreb: Disput, 2006., 357-373.
- Hall, Stuart, ur., 2002. *Representation: cultural representations and signifying practices*. London: Sage.
- Irigaray, Luce, 1999. *Ja, ti, mi. Za kulturu razlike*. Zagreb: Ženska infoteka.
- Janet McIntosh, 2018. Essentialism, u: *The International Encyclopedia of Anthropology*, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/9781118924396.wbiea1800>
- Jenkins, Henry, 2006. *Convergence Culture: Where Old and New Media Collide*. New York: NYU Press.
- Jenkins, Richard, 2014. *Social identity*, New York: Routledge.
- Jørgensen, Marianne; Phillips, Louise, 2002. *Discourse Analysis as Theory and Method*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage.
- Joseph, John E., 2016. Historical perspectives on language and identity, u: *The Routledge Handbook of Language and Identity* (Preece, Siân ur.), 2016., 19-33.

- Lacan, Jacques, 1968. *The language of the self. The Function of Language in Psychoanalysis*, Baltimore i London: The John Hopkins University Press.
- Lacan, Jacques, 1983. *Spisi (izbor)*. Beograd: Prosveta.
- Lacan, Jacques, 1986. *Četiri temeljna pojma psihoanalize*. Zagreb: Naprijed.
- Laclau, Ernesto, 1993. Power and representation, u: *Politics, Theory and Contemporary Culture* (Poster, Mark ur.), New York: Columbia University Press.
- Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal, 2001. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, London, New York: Verso.
- Liotard, Jean-François, 2005. *Postmoderno stanje: izvještaj o znanju*, Zagreb: Ibis-grafika.
- Marević, Jozo, 2000. *Latinsko-hrvatski enciklopedijski rječnik*, Zagreb: Matica hrvatska,
- Margolis, Joseph, 2010. Essentialism, u: *A dictionary of cultural and critical theory* (Payne, Michael; Rae Barbera, Jessica ur.), Wiley Blackwell, 2010., 238-241.
- Martinich, A.P., ur., 1996. *The philosophy of Language*, New York, Oxford.
- McIntosh, Janet, 2018. Essentialism, u: *The International Encyclopedia of Anthropology* (Callan, Hilary, ur.), JohnWiley & Sons, Ltd.
- Miller, J. Hillis, 2001. *Speech Acts in Literature*. Stanford: Stanford University Press.
- Moore, Jerry D., 2013. *Uvod u antropologiju. Teorije i teoretičari kulture*, Zagreb: Naklada Jesenski i Turk.
- Mouffe, Chantal, 1996. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy, u: *Deconstruction and Pragmatism* (Crichley, Simon; Derrida, Jacques; Laclau, Ernesto; Rorty, Richard ur.), London, New York: Routledge, 1996., 1-13.
- Mouffe, Chantal, 2000. *The democratic paradox*. London, New York: Verso.
- Mouffe, Chantal, 2005. *The return of the political*. London, New York: Verso.
- Norton, Bonny, 2013. *Identity and language learning: extending the conversation*. Bristol: Multilingual Matters.
- Nussbaum, Martha C., 2005. *Pjesnička pravda: književna imaginacija i javni život*. Zagreb: Deltakon.
- Nussbaum, Martha C., 2012. *Ne profitu: zašto demokracija treba humanistiku*. Zagreb: AGM.
- Payne, Michel, ur., 2001. *A Dictionary of Cultural and Critical Theory*. Oxford: Blackwell.
- Peternai Andrić, Kristina, 2012. *Ime i identitet u književnoj teoriji*. Zagreb: Antibarbarus.
- Peternai, Kristina, 2005. *Učinci književnosti. Performativna koncepcija pripovjednog teksta*, Zagreb: Disput.
- Peternai Andrić, Kristina. 2019. *Pripovijedanje, identitet, invaliditet*. Zagreb: Meandar-Media.
- Preece, Siân ur., 2016. *The Routledge Handbook of Language and Identity*, New York: Routledge.
- Ricoeur, Paul, 2000. Osobni i narativni identitet, u: *Autor, pripovjedač, lik* (Milanja, Cvjetko, ur.), Osijek: Svjetla grada, Sveučilište „Josipa Jurja Strossmayera“, Pedagoški fakultet, 2000., 19-81.

- Rorty, Richard, 1967. *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*, Chichago: University of Chicago Press.
- Said, Edward, 1993. *Culture and Imperialism*. New York: Knopf.
- Said, Edward, 2000. *Orijentalizam*. Zagreb: Konzor.
- Salecel, Renata 2002. *Protiv ravnodušnosti*. Zagreb, Sarajevo: Arkzin.
- Searle, John S., 1991. *Govorni činovi. Ogled iz filozofije jezika*, Beograd: Nolit.
- Spivak, Gayatri Chakravorty, 2011. *Nacionalizam i imaginacija i drugi eseji*. Zagreb: Fraktura.
- Stroll, Avrum, 2005. *Analitička filozofija u dvadesetom veku*. Beograd: Dereta.
- Sylvain, René e, 2014. Essentialism and the Indigenous Politics of Recognition in Southern, u: *Africa American Anthropologist* , 116, 2, 251-264.
- Šonje, Jure, ur., 2000. *Rječnik hrvatskoga jezika*, Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža i Školska knjiga.
- Wodak, Ruth, 2006. Discourse-analytic and Socio-linguistic Approaches to Study of Nation(alism), u: *The Sage Handbook of Nations and Nationalism* (Gerard Delanty; Krishan Kumar, ur.), London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage. 2006., 104-117.
- Wodak, Ruth; de Cillia, Rudolf; Reisigl, Martin; Liebhart, Karin, 1999. *The discursive construction of national identity*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Woodward, Kath, 2003. Representations of motherhood, u: *Gender, identity and reproduction: social perspectives*. (Earle, Sarah; Letherby, Gayle ur.) Basingstoke: Palgrave Macmillan, 18-33.
- Yuval-Davis, Nira, 2004. *Rod i nacija*, Zagreb: Ženska infoteka.
- Zotzmann, Karin; O'Regan, John P., 2016. *Critical discourse analysis and identity*, U *The Routledge handbook of language and identity* (Preece, Sian ur.), London: Routledge, 2016., 113-128.

Prof. dr. sc. Mira Lulić

Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

Doc. dr. sc. Davor Muhvić

Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

PRAVO NA IDENTITET U SUSTAVU LJUDSKIH PRAVA S POSEBNIM OSVRTOM NA SELEKTIVNU PRAKSU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA*

1. Uvodna razmatranja

Problematika definiranja identiteta, tog vrlo fluidnog pojma, iznimno je zahtjevna, komplicirana, ali i zanimljiva znanstvenoistraživačka tema u području društveno-humanističkih znanosti. Tom se temom dominantno bave teoretičari iz polja sociologije, filozofije, psihologije, prava, politologije, kulturologije i sl., iako ćemo termin „identitet“ naći i u nizu drugih znanstvenih područja i disciplina i izvan društveno-humanističkih znanosti.¹ I unutar znanstvenog polja prava identitet proučavaju teoretičari različitih grana prava. Osim međunarodnog (javnog i privatnog) prava, identitet analiziraju teoretičari i u primjerice ustavnom, obiteljskom, kaznenom, građanskom i upravnom pravu te drugim granama prava. Ipak, za razliku od filozofskih, socioloških, političkih i kulturnih studija, identitet je relativno slabije znanstveno istražen u znanstvenom polju prava.² U ovom radu, s obzirom

* Ovaj je rad napisan i financiran u okviru internog projekta br. IP-PRAVOS-23 *Suvremena pitanja i problemi zaštite i promoviranja ljudskih prava* Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

¹ Istraživanja pitanja i problema vezanih uz identitet i korištenje termina „identitet“ možemo tako naći i pr. u biologiji, medicini, kemiji, matematici itd.

² Vidi Douzinas, Costas, 2002. *Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us About Human Rights?*, *Journal of Law and Society*, 3, 379. i Al Tamimi, Yussef, 2018. *Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law*, *Social and Legal Studies*, 3, 2.

na to da su (ko)autori iz grane međunarodnog prava, bit će dan opći znanstveni pregled zaštite prava na identitet u sustavu zaštite ljudskih prava u međunarodnom (javnom) pravu s posebnim osvrtom na selektivnu praksu Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) po pitanju prava na identitet.

Postavljajući strukturu ovog rada, autori su u obzir uzeli niz ograničenja i/ili smjernica. Prvo je vezano uz činjenicu da je rad izrađen radi sudjelovanja na znanstvenom skupu Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti *Identitet u prekograničnim privatnopravnim odnosima*, na kojem dominiraju radovi iz međunarodnog privatnog prava. Druga činjenica koju su autori ovog rada morali uzeti u obzir prilikom određivanja strukture i sadržaja ovog rada jest ta da će rad biti uvodno izložen, da će na određeni način otvoriti ovaj znanstveni skup Hrvatske akademije. Od autora se očekivalo da svoju znanstvenu analizu problema započnu općim temama vezanim uz identitet i pravo na identitet. Autori su isto tako zamoljeni da daju pažljiv i sustavan pregled prakse ESLJP-a po pitanju prava na identitet. Zahtjev da jedan dio bude općenit i uvodni, a drugi uzak i specifičan nosio je sa sobom ozbiljne znanstvenoistraživačke izazove, pa je zbog toga nužno dodatno uvodno pojasniti strukturu i sadržaj rada. Naime, ESLJP ima veći broj predmeta u kojima je zauzimao svoj stav po raznim aspektima pitanja identiteta čovjeka i prava na identitet kao i raznim oblicima ugrožavanja prava na identitet.

Naime, problematika (kršenja) prava na identitet vezana je uz tri članka Europske konvencije o ljudskim pravima iz 1950. (dalje: EKLJP)³, a to su pravo na privatni život iz članka 8., pravo na vjerska prava i slobode iz članka 9. i pravo na udruživanje iz članka 11. Jasno je da autori ne mogu dati čak ni skraćeni pregled te sudske prakse u kraćoj formi znanstvenog članka. Sustavan pregled sudske prakse po pitanju identiteta i analiza pojma identiteta podrazumijevali bi bitno opsežniji format – znanstvenu monografiju od možda nekoliko stotina stranica – sve to zbog iznimne složenosti pojma identiteta, ali i brojnosti predmeta ESLJP-a vezanih uz identitet. Stoga, zbog ograničenja opsega rada, u ovom radu neće biti dan pregled sudske prakse vezane uz problematiku prava na identitet u kontekstu vjerskih prava i sloboda iz članka 9. EKLJP-a ni u kontekstu prava na udruživanje iz članka 11. EKLJP-a. Konačno, zbog ograničenja broja stranica radova na ovom znanstvenom skupu, ne može se izložiti ni sva sudska praksa vezana uz pravo na identitet iz članka 8. EKLJP-a. Naime, navedena praksa proteže se kroz čitav niz različitih aspekata identiteta kao što su pravo na osobni razvoj i autonomiju, pravo na otkrivanje vlastitog porijekla, vjerska i filozofska

³ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. NN MU 18/1997, 6/1999, 8/1999, 14/2002, 13/2003., 9/2005, 1/2006, 2/2010.

uvjerenja, željeni izgled, pravo na ime/osobne dokumente, rodni identitet, pravo na etnički identitet, pitanja državljanstva te bračni i roditeljski status. Navedene kategorizacije identitetskih pitanja unutar članka 8. jasno pokazuju heterogenost i širinu pojma identiteta i prava na identitet i u kontekstu samo ovog jednog članka EKLJP-a. U neke aspekte članka 8. EKLJP-a nismo ulazili iz razloga što su oni predmetom drugih radova u sklopu ovoga znanstvenog skupa (naprimjer o pravu na ime i osobne dokumente, rodni identitet i pitanja državljanstva). Praksa ESLJP-a vezana uz pravo na osobni razvoj i autonomiju nije prikazana iz razloga što je više vezana uz zaštitu autonomije osobe nego uz identitet u užem smislu riječi. S druge strane, praksa ESLJP-a vezana uz aspekt vjerskih i filozofskih uvjerenja usko je vezana uz materiju slobode vjeroispovijesti iz članka 9. EKLJP-a, što je također izuzeto iz rada, a više je vezana uz zaštitu privatnosti nego uz slobodu izražavanja i čuvanje identiteta. Zato će u ovom radu biti dan prikaz najvažnijih predmeta iz prakse ESLJP-a vezanih uz sljedeće aspekte prava na identitet: otkrivanje vlastitog porijekla, željenog izgleda, etničkog identiteta te bračnog i roditeljskog statusa.

Rad je strukturiran tako da će u prvom dijelu ovog rada biti dan pregled definicija pojma „identiteta“ u društveno-humanističkim znanostima općenito – sve to, naravno, u kontekstu potrebe da se pokaže koliko je taj pojam kompleksan i koliko različitih tumačenja i definicija identiteta ima. Posljedica je toga i zahtjevnost i problematičnost određivanja „prava na identitet“. Zatim će biti dan pregled međunarodnopravnih odredbi o pravu na identitet u mreži ljudskih prava. Konačno, u drugom dijelu rada, daje se (selektivni) pregled najrelevantnije sudske prakse ESLJP-a o pravu na identitet vezano uz članak 8. EKLJP-a i važnost primjene i izvršenja odluka presuda ESLJP-a u državama strankama te Konvencije.

2. Izazovi i problemi vezani uz definiranje identiteta

Posljednjih godina pojačan je interes teoretičara, stručnjaka i šire javnosti za pitanja definiranja identiteta u društveno-humanističkim znanostima, no, unatoč tome, koncept identiteta i dalje ostaje enigma.⁴ Identitet znači toliko različitih stvari da sam po sebi ne znači ništa, a kaotično širenje razgovora o identitetu gotovo je identitetu oduzelo bilo kakvo značenje.⁵ Stoga je pregled pojma identiteta i davanje znanstvenog pregleda najpreciznijih definicija identiteta krucijalno

⁴ Usp. Gosain, Ashok; Gosain, Ashish, 2007. *Political Theory and Political Thought*, New Delhi: Har-Anand Publications, 228. i Al Tamimi, 2018, 283.

⁵ Gossain, Gosain, 2007, 229.

za daljnje definiranje prava na identitet. Riječ „identitet“ dolazi od kasnolatinске riječi *identitas*, a njezino je bazično značenje istovjetnost, odnos po kojem je netko jednak sam sebi, odnosno skup značajki koje neku osobu čine onom koja jest.⁶ Identitet može biti zamijenjen pojmovima kao što su karakter, identifikacija, individualnost, jedinstvenost, singularnost, izvornost, autentičnost, karakterističnost, specifičnost i različitost, osobnost, integritet, osebnost, posebnost, različitost, sebstvo, samoodređenje i sl. U jeziku nalazimo brojne fraze vezane uz identitet kao što su „osobni identitet“, „spolni ili rodni identitet“, „vjerski identitet“, ali i „grupni identitet“, „kulturni identitet“, „nacionalni identitet“, „manjinski identitet“, „domorodački identitet“, ali i „korporativni identitet“, „vizualni identitet“ i slično. Česte su i fraze „koncept identiteta“, „aspekti identiteta“, „izražavanje identiteta“, „stvarni identitet“, „osjećaj identiteta“, „jak identitet“, „borba identiteta“, „prikriivanje identiteta“, „pogrešan identitet“, „lažni identitet“, „gubitak identiteta“, „skriveni identitet“, „identitet napadača“ i razne druge kombinacije. Imamo i pojmove „pravni identitet“ i „dokaz o identitetu“, ali i „krađa identiteta“. Na identitet suvremenog čovjeka utječe i snažan razvoj znanosti. Primjerice velike i dramatične promjene iz kojih su se razvile medicinske, moralne i pravne debate vezane uz pitanja (dopuštenosti) genetičkog inženjerstva i stvaranja drukčijeg „genetskog identiteta“ intervencijama u biomedicini. Razvija se primjerice i „fizikalni, biološki i inženjerski identitet u STEM disciplinama“⁷. I tako dalje. Već samo iz nabrojanja tih kombinacija riječi vezanih uz identitet jasno je o kako se kompleksnom pojmu radi i da će teško biti postići univerzalnu definiciju tog pojma.

Kada govorimo o identitetu grupe, u literaturi često čitamo o pojmovima kao što su države s jakim ili slabim nacionalnim, vjerskim, jezičnim ili, općenito, kulturnim identitetom. U pogledu grupnih prava na identitet svakako, uz pravo pripadnika nacionalnih grupa, tu ulazi i pravo manjinskih i domorodačkih grupa i njihovih pripadnika na svoj odvojeni, različit etnički identitet. Na toj se razini razvio i koncept „nacionalnog identiteta“ ili, s druge strane, „identitet manjina“ ili „identitet domorodačkih grupa“. Kultura može biti sinonim za identitet grupe ljudi i poimamo je kao važan dio svojeg individualnog i grupnog identiteta. Tako razlikujemo pravo na kulturu i kulturna prava. Pravo na kulturu nije samo pravo na identificiranje s grupom nego i pravo da se osigura osobni identitet.⁸ Svako

⁶ Identitet, Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2020., na <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?ID=26909/>.

⁷ Identity in Science and STEM: Reflections on Interviews with the Field, July 2018, Center for Advancement of Informal Science Education, <https://www.informalscience.org/identity/>.

⁸ Margalit, Avisahi; Halbertal, Moshe, 1994. Liberalism and the Right to Culture, *Social Research*, 3, 502.

ljudsko biće ima pravo na kulturu, i to ne bilo koju kulturu već njegovu vlastitu.⁹ Identitet pojedinca može se vezati ne samo uz jezične, vjerske i kulturne karakteristike države već i pojedinac može biti vezan uz regionalne i lokalne identitete. Jednog čovjeka može obilježiti pripadnost gradu (pr. Njujorčanin), regiji (pr. Dalmatinac), kontinentu (pr. Europljanin) ili će osjetiti povezanost s cijelim svijetom (pr. kozmopolit). Moguća je i kombinacija identiteta, npr. kada se u jednoj osobi spajaju dva (bipolarni ili dualni) ili više (multipolarnih) identiteta. Primjerice, osoba u isto vrijeme može osjećati bipolarnost u pogledu etničkog identiteta, osjećati snažnu vezanost uz regionalni identitet (ja sam Kvibečanin) i nacionalni (ja sam u isto vrijeme i Kanađanin). Neki od identiteta mogu biti u snažnom konfliktu (pr. katolik i homoseksualac). Moguće je da neka grupa izgubi svoj primjerice izvorni jezik i zamijeni ga drugim, nametljivijim i dominantnijim. U tome procesu ta grupa može u cijelosti nestati kao posebna, povijest je puna nestajanja nacija i naroda pod pritiskom onih jačih. No ta slabija grupa može preživjeti gubitak izvornog jezika i preuzimanje tuđeg a da ne izgubi u cijelosti svoj nacionalni identitet (pr. Škoti i Irci nisu uspjeli sačuvati svoje jezike u odnosu na dominantniji jezik susjeda Engleza, ali su sačuvali svoj nacionalni identitet).¹⁰

Identitet se, prema Katzensteinu, odnosi na međusobno konstruirane i evoluirajuće slike o sebi i drugima.¹¹ Hogg i Abrams navode da je identitet koncept ljudi koji kaže tko su, kakvi su i kako se odnose prema drugima.¹² Identitet je, kako navodi Taylor, definiran obvezama i identifikacijama koje pružaju okvir unutar kojeg mogu pokušati utvrditi, od slučaja do slučaja, što je dobro ili vrijedno, štobi trebalo učiniti ili za što se neka osoba zalaže ili protivi.¹³ Jenkins je primijetio da se identitetom opisuje način na koji se pojedinci i grupe definiraju i na koji ih način

⁹ Margalit, Halbertal, 1994, 491.

¹⁰ Jezik ima, u prvom redu, komunikacijsku funkciju, ali je i čimbenik identifikacije (etničke, klasne i druge). Njime se definira, izražava i prenosi kultura. Jezična autentičnost doživljavala se povijesno kao dio etničke autentičnosti, tako da veza jezika i etničnosti ima dugu tradiciju. Vidi detaljnije: Grbić, Jadranka, 1998. Jezik i govor kao komponente pripadnosti zajednici (Ogled o jeziku i identitetu), u: *Etničnost, nacija, identitet – Hrvatska i Europa* (Čičak-Chand, Ružica, Kumpes, Josip, ur.), Institut za migracije i narodnosti, Zagreb: Hrvatsko sociološko društvo, 1998., 184. i 188. Vidi, također, Lerotić, Zvonko, 1977. *Nacija – Teorijska istraživanja društvenog temelja i izgradnje nacija*, drugo dopunjeno i prošireno izdanje, Zagreb: Globus, 16. i 148-149.

¹¹ Jepperson, Ronald L., Wendt, Alexander; Katzenstein, Peter, 1996. Norms, Identity, and Culture in National Security, u: *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics* (Katzenstein, Peter ur.), New York: Columbia University Press, 1996., 59.

¹² Hogg, Michael; Abrams, Dominic, 1988. *Social Identifications: A Social Psychology of Intergroup Relations and Group Processes*, New York: Routledge, 2., cit. prema Pfefferle, Brian R., 2007. The Indefensibility of Post-Colonial Aboriginal Rights, *Saskatchewan Law Review*, 2, 391.

¹³ Taylor, Charles, 1989. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge: Cambridge University Press, 27.

definiraju drugi na temelju rase, etniciteta, vjere, jezika i kulture.¹⁴ Prema Fearonu, koncept identiteta koji danas znamo ima dva glavna značenja: a) identitet kao socijalna kategorija, koju definiraju pravila članstva i karakterističnim atributima ili očekivanim ponašanjima, ili b) identitet kao društveno prepoznatljiva svojstva zbog kojih je osoba posebno ponosna ili nepromjenjivo, ali socijalno posljedični pogledi (ili a) i b) zajedno).¹⁵ Socijalni identitet jest naše razumijevanje tko smo i tko su drugi ljudi i, recipročno, kako drugi ljudi razumiju sebe i druge (što uključuje i nas).¹⁶ Identitet se odnosi na načine po kojima se pojedinci i zajednice razlikuju u njihovim socijalnim odnosima s drugim pojedincima i zajednicama, tvrdi Jenkins.¹⁷ Prema Wendtu, identiteti su relativno stabilna, ulogama specifična razumijevanja i očekivanja od sebe.¹⁸ Socijalni su identiteti kognitivne sheme koje omogućuju subjektu da odredi „tko sam/tko smo“ u situaciji, položaju i strukturi socijalnih uloga zajedničkih shvaćanja i očekivanja.¹⁹ Pod socijalnim identitetom, Herrigel podrazumijeva želju za grupnim razlikovanjem, dostojanstvom i mjestom unutar povijesno specifičnih diskursa ili okvira razumijevanja o karakteru, strukturi i granicama državnog uređenja (političkog entiteta) i ekonomije.²⁰ Béland ulazi u problematiku političkog identiteta, pa tako navodi da su kolektivni, politički identiteti vezani uz različite socijalne kategorije koje, između ostalog, mogu uključivati „klasu, rasu i etnicitet, spol, nacionalizam, stranačku pripadnost, političku ideologiju, profesiju i seksualnu orijentaciju“²¹. Identitet je širok i kompleksan, ali u isto vrijeme središnje pitanje (javne) politike.²² Identitet je „staro pitanje, zdravorazumsko, filozofsko, kulturno-antropološko i teorijsko-političko pitanje, danas dominantno povezano s pojmom kulture i analizom „pojedinačnog i kolektivnog sebstva“ u doba globalizacije.“²³

¹⁴ Deng, Francis M., 1995. *War of Visions, Conflict of Identities in the Sudan*, Washington D.C.: The Brookings Institution, 1.

¹⁵ Fearon, James, 1999. *Why Ethnic Politics and „Pork“ Tend to go Together*, Mimeo: Stanford University, cit. prema Béland, Daniel, 2017. Identity, politics, and public policy, *Critical Policy Studies*, 1, 3.

¹⁶ Jenkins, Richard, 2014. *Social Identity*, London: Routledge, cit. prema Gullestrup, Hans, 2006. *Cultural Analysis – towards cross-cultural understanding*, Aalborg: Aalborg University Press, 49.

¹⁷ Jenkins 2014., 4-5.

¹⁸ Wendt, Alexander, 1993. Anarchy is What States Make of It The Social Construction of Power Politics, *International Organization*, 2, 397.

¹⁹ Wendt, Alexander, 1994. Collective Identity Formation and the International State, *The American Political Science Review*, 2, 385.

²⁰ Herrigel, Gary, 1993. Identity and Institutions: The Social Construction of Trade Unions in the United States and Germany in the 19th Century, *Studies in American Political Development*, 2, 371.

²¹ Béland, 2017, 3.

²² Béland, 2017, 3.

²³ Kalanj, Rade, 2003. Zov identiteta kao prijeporno znanstveno pitanje, *Socijalna ekologija: časopis za ekološku misao i sociološka istraživanja*, 1-2, 47.

Kao što vidimo, neke definicije koncentriraju se samo na neke, određene aspekte identiteta ignorirajući pr. „nacionalni“ i/ili „etnički identitet”.²⁴ Individualni identitet govori tko sam ja, a grupni tko smo mi. Tako identitet u sebi sadrži sljedeće karakteristike: označava kako ljudi razmišljaju sami o sebi i kako se odnose međusobno, to je i proces kako nas drugi vide, naš status, vjeru, jezik, etnicitet i slično, to je označavanje sebe kao člana neke posebne grupe koja ima svoje karakteristike, to je ono što razlikuje ljude od drugih ljudi, grupu od grupa, zajednicu od drugih zajednica, to je način kako sami sebe opisujemo kroz ono što volimo, što jesmo, u što vjerujemo i što tražimo, to je okvir organiziranja fizičkih karakteristika, vjerovanja, akumuliranog znanja i iskustva, sposobnosti i osobnosti u attribute, poseban miks onoga što jednog pojedinca čini jedinstvenim i tako prepoznatljivim i, konačno, to je identifikacija samog sebe kroz razlike.²⁵ Pojam identitet koristi se na razne načine, pr. kao „referenca na kulturu ljudi“, kao zajedničko identificiranje sa zajednicom ili socijalnom kategorijom, kao određene razlike u odnosu na druge, a koristi se i kao referenca prema određenoj zajedničkoj kulturi, vrijednostima i idealima koje pojedinac njeguje, a može se odnositi i na ljudsko biće kao samostalnu jedinstvenu individuu koja nosi jedinstvenost u sebi.²⁶ Identitet je zaista kompliciran i nejasan pojam društveno-humanističkih znanosti, a iako ne postoji općeprihvaćena definicija identiteta, ne znači da ne znamo i ne razumijemo što sve taj pojam uključuje.

Kada govorimo o identitetu čovjeka, temeljno je pitanje tko smo, po čemu smo jedinstveni, što imamo slično i zajedničko, a što različito u odnosu na druge pojedince i grupe ljudi. Identitet je ono što mi jesmo, što smo bili, ono što želimo da se očuva za budućnost i što želimo da drugi poštuju. Identitet možemo definirati s aspekta osobnog (individualnog) i grupnog (društvenog). U identitet ulaze i naše potrebe, vrijednosti, posebnosti, ali i naše sloboda i prava. Naš identitet isprepleten je našim fizičkim i psihičkim karakteristikama, odnosno rasom, spolom i rodnom, duhovnošću, obrazovanjem, inteligencijom, talentima, ograničenjima, vrijednostima, ambicijama, pripadnosti raznim društvenim grupama ili subgrupama, prošlim iskustvima, odnosom prema sebi i drugima itd. Identitet može biti vezan i uz državu, naciju, regiju, lokalnu zajednicu, obitelj, grad, selo, pleme i/ili neku drugu društvenu grupu i organizaciju itd. Može biti jak ili slab, vidljiv ili nevidljiv, sličan ili različit, odvojen ili stopljen, jedinstven ili raznolik. Konačno, identitet neke osobe definirat će i njezin seksualni identitet, njezina starost, jezik/ci kojim/a govori, kultura u kojoj je odrastala i/ili kojoj pripada, društveni status,

²⁴ Gosain, Gosain, 2007, 229.

²⁵ Gosain, Gosain, 2007, 230.

²⁶ Gosain, Gosain, 2007, 231.

pripadnost klasi, profesija, politička orijentacija itd. Identitet se tako može razvijati, slabjeti, jačati, nastati ili nestati, oblikovati se, definirati, očuvati ili izgubiti, napustiti ili razviti, ukrasti i kopirati itd.

Svaki pojedinac ima pravo stvoriti, razvijati i izraziti svoj vlastiti identitet, a može ga i mijenjati ako to želi. Identitet se može promijeniti dobrovoljno ili pod prisilom, pr. otvorenom ili prikrivenom asimilacijom. Neke karakteristike imamo zajedničke s drugim ljudima, ali uvijek imamo neke po kojima se razlikujemo od svih drugih. Kulture se kontinuirano mijenjaju, ljudi nisu pasivni objekti kultura u kojima žive, imaju svoje moći i mogu stalno kreirati (nove) kulturne sadržaje.²⁷ Samim tim mijenjaju se i naši identiteti, iako se kulture obično mijenjaju postupno i sporije.²⁸ Sve nabrojeno govori u prilog tezi da je problematika identiteta u području društvenih znanosti obilježena „višeznačnošću i tegobama preciznog određenja“.²⁹ Iznimno je kompleksno, zahtjevno i teško sistematizirati, raščlaniti, definirati i objasniti pojam identiteta.

Kao i inače kad se pokušavaju definirati nekakvi složeni društveni odnosi i koncepti, identitet nije jasno (pravno) definiran niti postoji njegova općeprihvaćena definicija. Brojne su definicije i objašnjenja pojma identiteta, ali univerzalno definiciju nemamo niti ćemo je skoro imati, što ne znači da nam je nejasan pojam identiteta i da ga ne možemo koristiti u različitim znanstvenim disciplinama. Identitet je kompleksan koncept, koji, iznenađujuće, nije jasno pravno definiran.³⁰ No to ne znači da ne znamo što takav koncept uključuje.

3. Pravo na identitet i položaj tog prava u sustavu ljudskih prava

Kada kažemo da pojedinac ima pravo na identitet, s aspekta ljudskih prava, mislimo na to da svaka osoba ima pravo na ime i prezime te nacionalnost i etnicitet, da ima pravo znati iz koje obitelji potječe, tko su joj roditelji i obitelj itd. U tom smislu ta prava vežemo (i) uz prava djeteta. Kako će se formirati djetetov identitet u dobi odrasle osobe, ovisi o genetskom kodu, obitelji, okruženju u kojem je odraslo, lokalnoj zajednici i državi u kojoj živi ili je živjelo, vjerskoj, kulturnoj i jezičnoj sredini i sl. Dijete postupno u svojem razvoju razvija individualni identitet,

²⁷ Mautner, Menachem, 2008. From “Honor” to “Dignity”: How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups?, *Theoretical Inquiries Law*, 2, 617.

²⁸ Mautner, 2008, 617.

²⁹ Kalanj, 2003, 53.

³⁰ Vidi Besson, Samantha, 2007. Enforcing the Child’s Right to Know his Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights, *International Law Journal*, 2, 137. i 141.

ali formira i svoju pripadnost grupama te razvija grupne identitete. Sve su osobe vrlo zainteresirane za svoj vlastiti osobni identitet, odnosno kako bi sačuvale atribute koji se čine središnjim njima osobno ili članovima njihove grupe.³¹ Svaka osoba ima pravo na poštovanje svojega identiteta. Svaki posebni individualni identitet sastoji se od puno subdjelova, koji uključuju i političke afilijacije, zanimanje, prebivalište i, teoretski, svaka ih osoba slobodno bira.³² Što će izabrati, pod utjecajem je obitelji, lokalne i šire zajednice, kulture, vjere i jezika, osobnosti i ekonomskih, socijalnih, političkih i drugih okolnosti itd. Svaki pojedinac egzistira unutar određene kulture i uronjen je u nju od rođenja te je pod utjecajem religija i/ili političkih ideologija.³³ Taj proces socijalizacije neizbježno oblikuje odluke čovjeka, ali mu, u konačnici, daje i mogućnost „izlaska“ iz određene kulture, religije i/ili države.³⁴

Tema identiteta tako je posebno važna u okviru ljudskih prava, pravnih i socijalnih teorija, roda/spola i kulturalnih studija, o čemu je iscrpno pisala Marshall u znanstvenoj monografiji *Human Rights Law and Personal Identity*.³⁵ Tko je osoba i što čini njezin identitet, ima pravne implikacije. U većini država u svijetu identitet osobe bilježi se pri rođenju, što znači da osoba mora biti pravno registrirana.³⁶ Iz tih podataka saznajemo (bar) informacije o mjestu rođenja, spolu, imenu i prezimenu osobe i podatke o roditeljima djeteta.³⁷ Ti podaci mogu uključivati primjerice i identifikacijski broj, fotografiju, biometrijske podatke i sl. Identitet se u pravnom prometu dokazuje rodnim listom, osobnim dokumentima u vidu fizičke kartice ili putovnicom, a može se dokazati elektroničkom javnom ispravom, izdanom u skladu s domaćim i međunarodnim propisima. Pravni identitet priznaju nadležne vlasti. Prestaje smrću osobe. Činjenica da pojedinac svoj identitet može dokazati službenim pravnim dokumentima osigurava mu zaštitu njegovih prava i povlastica, ali i nameće odgovornost i obvezu na određeno ponašanje. Imati pravni identitet ulazi u srž ljudskih prava – svaka osoba ima pravo na pravni identitet. Nažalost, prevelik je broj onih koji nisu i ne mogu ostvariti

³¹ Margalit, Halbertal, 2016, 502.

³² Shelton, Dinah, 2016. Preface On Identity, *The George Washington International Law Review*, 1, 2.

³³ Shelton, 2016, 3.

³⁴ Shelton, 2016, 3.

³⁵ Marshall, Jill, 2016. *Human Rights Law and Personal Identity*, Oxon, New York: Routledge.

³⁶ Marshall, Jill, 2014. *Human Rights Law and Personal Identity: An Introduction*, *University of Leicester School of Law Research Paper*, 14-30, London, 5.

³⁷ Neki od navedenih podataka mogu se s vremenom promijeniti, primjerice osoba može promijeniti svoj spol/rod, dijete može biti posvojeno i može promijeniti osobe koje su joj navedene u rodnom listu, a svi možemo promijeniti svoje ime i prezime. Tijekom života mogu se unositi promjene bračnog statusa i, finalno, smrt osobe. Suvremena pitanja koja su se javila s jačanjem reproduktivne tehnologije stvaraju nove situacije, pitanja i probleme vezane uz djecu rođenu od surogat majki ili putem donacije jajnih stanica. Marshall, 2014, 5-6.

to temeljno ljudsko pravo ili su ga zbog nekih razloga izgubili. Prema podacima Svjetske banke, procjenjuje se da se više od 1,1 milijardu ljudi diljem svijeta suočava s izazovima i problemima dokazivanja vlastitog (pravnog) identiteta, a jedna od dvije žene u nerazvijenim državama nemaju nikakve identifikacijske dokumente.³⁸ Osobe koje nemaju pravni identitet, odnosno nemaju osobne dokumente, uskraćene su za čitav niz građanskih i političkih te socijalnih, ekonomskih i kulturnih prava. Te osobe neće moći imati službeno prebivalište ili boravište, naći posao, imati osiguranu zdravstvenu i socijalnu zaštitu, glasati na izborima, otvoriti račun u banci itd.

U problematiku identiteta ulaze i razna specifična pitanja koja mogu biti ideologizirana, snažno politizirana, manipulirana i zloupotrebljavana – primjerice pravo na rodni identitet, odnosno priznanje transrodnih i interseksualnih (seksualno nedefiniranih) osoba kojima se često uskraćuju temeljna ljudska prava, čak i pravo na fizičku sigurnost i život. U problematiku identiteta, s druge strane, ulaze i pitanja prava djeteta da (sa)zna identitet oca ili identitet bioloških roditelja u slučaju da je posvojeno, ali i prava migranata na pravni identitet i identifikacijske dokumente. Nadalje, u tu problematiku ulaze i pravo na privatnost i zaštitu identiteta žrtve i svjedoka u kaznenom postupku. I tako dalje. U prirodi je čovjeka da želi da njegov odvojeni i različiti identitet priznaju i poštuju drugi ljudi, u lokalnoj zajednici i društvu, te država. Postoje različite teoretske interpretacije što osobni identitet znači.³⁹ Razni su načini na koje osobni identitet može biti analiziran u kontekstu ljudskih prava kako bi se zaštitilo da taj identitet bude „dezintegriran, oštećen i uništen“⁴⁰. Identitet, znači, može biti okrnjen, povrijeđen i uništen na individualnoj i grupnoj razini. Na individualnoj razini mučenjem i drugim nehumanim i ponižavajućim postupcima, a na grupnoj razini zločinima protiv čovječnosti, ratnim zločinima i genocidom.⁴¹ Međunarodni kazneni sudovi organiziraju

³⁸ To za posljedicu ima ograničavanje pristupa nizu ključnih ekonomskih, socijalnih i kulturnih usluga, ali ih ograničava i da sudjeluju u političkom i ekonomskom životu zemlje. Vidi primjerice *The World Bank Group's Identification for Development (ID4D)*, inicijativu koja ima za cilj prikupljanje podataka iz 198 ekonomija kako bi se utvrdio broj pojedinaca bez dokaza o pravnom identitetu na službenim mrežnim stranicama Svjetske banke: <https://datacatalog.worldbank.org/dataset/identification-development-global-dataset>. Postavljajući ciljeve održivog razvoja do 2030. godine, Ujedinjeni su narodi kao jedan od glavnih ciljeva naveli „osiguranje pravnog identiteta za sve, uključujući registraciju rođenih“ s obzirom na previsoke brojeve ljudi koji žive bez adekvatnih pravnih dokumenata kojima dokazuju svoj identitet. Vidi i: <https://blogs.worldbank.org/digital-development/counting-uncounted-11-billion-people-without-ids>.

³⁹ Marshall, 2014, 7.

⁴⁰ Marshall, 2014, 15.

⁴¹ Marshall, 2014., 15.

svoje optužnice i prema svojstvu određenih zločina, kao što je genocid, da u sebi sadrži progon usmjeren protiv onih koji dijele isti „grupni identitet“⁴².

U polju prava, u mreži ljudskih prava, svaka osoba ima jedno opće i temeljno pravo na poštovanje osobnog identiteta. Ono oko čega postoji opći konsenzus jest načelo da svi imamo pravo na svoj identitet kao pojedinci i kao pripadnici određenih grupa. Imamo pravo biti slični drugima ili različiti od njih, imamo pravo mijenjati svoj identitet ili neke dijelove svojeg identiteta, imamo se pravo odreći svojeg identiteta, imamo pravo promijeniti dijelove svojeg identiteta i imamo pravo tražiti zaštitu svojeg identiteta. Čini se tako da je povijest ljudskih prava kontinuirana i uvijek neuspješna borba da se „smanji jaz između apstraktnog čovjeka i konkretnog građanina, da se doda meso, krv i spol blijedom obrisu ‘ljudskog’“⁴³. Dalje u tekstu bit će dan pregled najvažnijih pravnih izvora u kojima se regulira identitet u međunarodnom pravu.

4. Pregled odredbi međunarodnog prava o identitetu i pravu na identitet

Pravo na identitet implicitno je, a ponegdje i eksplicitno, sadržano u nizu odredbi najvažnijih međunarodnih propisa o zaštiti ljudskih prava, kako onih univerzalnog, tako i onih regionalnog karaktera.⁴⁴ Odredbe o identitetu, njegovu formiranju i zaštiti pronalazimo u nizu međunarodnih ugovora i deklaracija, od općenitih načela kao što je „razvoj osobnosti“ pojedinca i klasičnih odredbi o pravu na poštivanje privatnog života do onih koje se odnose na konkretna i uska pitanja zaštite manjina, rase, religije, invalidnosti i/ili prava žena.⁴⁵ Opseg ovoga rada ne dozvoljava njihov sustavan i detaljan prikaz te ćemo se u skladu s time ograničiti na isticanje najvažnijih univerzalnih međunarodnih dokumenata o zaštiti ljudskih prava, a od regionalnih samo na Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava iz 1950.⁴⁶

⁴² Powell, Catherine, 1998. Introduction: Locating Culture, Identity, and Human Rights Symposium in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: Introduction, Fordham Law School, *Columbia Human Rights Law Review*, 30, 21.

⁴³ Douzinas, Costas, 2000. Six theses on the end(s) of human rights, *Finnish Yearbook of International Law*, 6, 211.

⁴⁴ U ovom radu ograničili smo se na međunarodne ugovore i deklaracije iz područja zaštite ljudskih prava, iako su određena prava vezana uz pitanja identiteta propisana i međunarodnim ugovorima iz drugih područja međunarodnog prava. Primjerice, odredbe o identifikaciji djece i registraciji njihovih roditelja iz članka 50. Ženevske konvencije o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata iz 1949. i članka 78. stavka 3. Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I.) iz 1977. NN MU 5/1994.

⁴⁵ Marshall, 2014., 6.

⁴⁶ Vidi *supra*, bilj. 3.

Pravo na identitet može se podvesti već i pod niz odredbi Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948.⁴⁷ kao polaznoga međunarodnog pravnog dokumenta usmjerenog sveobuhvatnoj zaštiti ljudskih prava. Prema članku 6. Opće deklaracije, „svatko ima pravo da ga se svugdje pred zakonom poštuje kao osobu“. Navedenom odredbom štiti se pravni identitet osobe. Usko vezano uz to jest i pravo svake osobe na državljanstvo iz članka 15. Opće deklaracije o ljudskim pravima.⁴⁸ Nadalje, zaštita identiteta sadržana je i u odredbi njezina članka 12. kojom se štiti privatni život, obitelj, dom, dopisivanje te zaštita časti i ugleda kao i u odredbi članka 18. kojom se jamči sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti. Osobito je važna odredba članka 22. Opće deklaracije prema kojoj svaki pojedinac, kao član društva, ima pravo ostvariti svoja ekonomska, socijalna i kulturna prava „neophodna za njegovo dostojanstvo i slobodan razvoj njegove osobnosti“. Pravo na „cjelovit razvoj osobnosti“ čovjeka navodi se i u članku 29. stavku 1. kao jedinoj odredbi u Općoj deklaraciji kojom se pojedincu uz ljudska prava nalažu i obveze: „Svatko ima obveze prema zajednici u kojoj je moguć slobodan i cjelovit razvoj njegove osobnosti.“ Isti članak u stavku 2. navodi ipak da su ograničenja ljudskih prava i sloboda moguća samo radi „ispunjenja pravednih zahtjeva morala, javnog reda i općeg blagostanja u demokratskom društvu“, a u stavku 3. da se prava i slobode koriste na način da nisu protivna „ciljevima i načelima Ujedinjenih naroda“. Iz toga je jasno da „postojanje osobnosti“ ovisi o pomoći, povezivanju i podršci drugih ljudi i društva.⁴⁹

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (dalje: MPGPP)⁵⁰ i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (dalje: MPESK)⁵¹ iz 1966., kao dva temeljna univerzalna međunarodna ugovora o zaštiti ljudskih prava kojima su načela iz Opće deklaracije o ljudskim pravima transformirana u pravne obveze država stranaka tih ugovora⁵², također sadrže odredbe koje obuhvaćaju prava identiteta. MPGPP tako sadrži niz odredbi analognih onima iz

⁴⁷ NN MU 12/2009.

⁴⁸ Pitanje (bez)državljanstva bilo je predmetom i zasebnih međunarodnih ugovora donesenih pod okriljem UN-a, to su: Konvencija o pravnom položaju osoba bez državljanstva iz 1954. (U.N.T.S., sv. 360, 117) i Konvencija o smanjenju slučajeva bez državljanstva iz 1961. (U.N.T.S., sv. 989, 175).

⁴⁹ Marshall, 2014., 9.

⁵⁰ SL SFRJ 7/1971. Republika Hrvatska stranka je ovoga Pakta na temelju Odluke o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, NN MU 12/1993.

⁵¹ SL SFRJ 7/1971. Republika Hrvatska stranka je ovoga Pakta na temelju Odluke o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, NN MU 12/1993.

⁵² Vidi: Andrassy, Juraj *et al.*, 2010. *Međunarodno pravo*, 1. dio, 2. izdanje, Zagreb: Školska knjiga, 373, i Tomuschat, Christian, 2014. *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3. izd., Oxford: Oxford University Press, 35.

Opće deklaracije o ljudskim pravima, između ostaloga to su pravo svake osobe na pravni subjektivitet (članak 16.), slobodu od miješanja u privatni život, obitelj, dom, dopisivanje, zatim zaštitu časti i ugleda (članak 17.) kao i pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti (članak 18.). Također, u članku 24. stavku 2. tog Pakta navodi se još i da svako dijete mora biti registrirano u matične knjige i dobiti ime nakon rođenja. Osobito je važna referencana kulturna prava u članka 27. MPGPP-a u kojem se navodi da u državama u kojima postoje „etničke, vjerske ili jezične manjine“ osobe koje pripadaju tim manjinama ne smiju biti uskraćene za uživanje kulturnih, vjerskih i jezičnih prava.⁵³ I MPGPP i MPESK sadrže odredbu prema kojoj svi narodi imaju pravo na samoodređenje na način da im se omogući slobodno određivanje svojeg političkog statusa, gospodarskog, društvenog i kulturnog razvoja (članak 1. stavak 1. MPGPP-a i članak 1. stavak 1. MPESK-a). Od ostalih odredbi MPESK-a treba svakako još spomenuti onu iz članka 12. o pravu na obrazovanje sa svrhom „punog razvoja ljudske osobnosti i dostojanstva“ te jačanja „poštovanja prava čovjeka i temeljnih sloboda“. Pravo na obrazovanje ključno je sredstvo za očuvanje i osnaživanje, između ostalog, etničkog, vjerskog i kulturnog identiteta.⁵⁴ U tom kontekstu važan nam je još i članak 15., kojim se svakoj osobi jamči pravo na sudjelovanje u kulturnom životu, uživanju dostignuća znanosti te uživanju zaštite moralnih i materijalnih interesa koji proistječu iz svake znanstvene, književne ili umjetničke proizvodnje pojedinca.

Od ostalih međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava koji su nakon međunarodnih paktova iz 1966. doneseni pod okriljem Ujedinjenih naroda, po svojoj važnosti i relevantnosti za ovaj rad izdvaja se Konvencija o pravima djeteta iz 1989.⁵⁵ Za razliku od ranije navedenih međunarodnih instrumenata, u tom međunarodnom ugovoru izričito se navodi *pravo djeteta na identitet*. U odredbi članka 8. stavka 1. Konvencije jamči se „pravo djeteta na očuvanje svog identiteta, uključujući

⁵³ U tom kontekstu važna su dva pravno neobvezatna dokumenta koja su vezana uz definiranje kulture i kulturne grupe. Prvi je sastavio profesor Francesco Capotorti, tada posebni predstavnik Potkomisije za sprječavanje diskriminacije i zaštitu manjina tadašnje Komisije za ljudska prava 1979., a u kojem se, *inter alia*, nalazi najpoznatija definicija manjina. Special Rapporteur Capotorti, 'Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities for the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities', UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Add. 1-7. (1977). Drugi važni dokument, u ovom kontekstu, Opći je komentar br. 23 (1994.) o pravima manjina koji je usvojen na Odboru za ljudska prava. I u njemu su dragocjene opservacije kojima se tumači članak 27. MPGPP-a. CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), UN Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994.

⁵⁴ Coomans, Fons, 2018. Education and Work, u: *International Human Rights Law* (Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh ur.), 3. izd., Oxford: Oxford University Press, 2018., 242.

⁵⁵ SL SFRJ MU 15/1990. Republika Hrvatska stranka je Konvencije temeljem Odluke o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, NN MU 12/1993. Izmjena u NN MU 20/1997, 4/1998 i 13/1998.

državljanstvo, ime i obiteljske veze kako je to priznato zakonom“. U stavku 2. istoga članka propisana je obveza država stranaka da pruže „odgovarajuću pomoć i zaštitu“ u slučajevima „kad je dijete nelegalno lišeno nekih ili svih elemenata svog identiteta“ kako bi mu identitet bio što brže vraćen. Identitet se spominje i u članku 29. stavku 1. c), prema kojem obrazovanje djeteta treba biti usmjereno, između ostaloga, „na razvoj poštovanja roditelja djeteta, njegovoga kulturnog identiteta, jezika i vrijednosti, nacionalnih vrijednosti zemlje u kojoj dijete živi i zemlje iz koje ono potječe te civilizacija koje su različite od njegove“. Članak 30. Konvencije o pravima djeteta, nadalje, posebno naglašava važnost poštovanja prava djece pripadnika etničkih, vjerskih ili jezičnih manjina ili domorodačkih naroda. Svako dijete ima pravo prakticirati svoju vjeru i jezik i uživati u svojoj kulturi. Konvencija sadrži i niz drugih odredbi koje se odnose na zaštitu identiteta djeteta, iako „identitet“ u njima nije eksplicitno spomenut. Već je u preambuli te Konvencije naglašena važnost „potpunog i skladnog razvoja osobnosti“ djeteta. U članku 7. Konvencije, nadalje, izričito se navodi da dijete odmah nakon rođenja mora biti upisano u matične knjige i da mu se mora jamčiti pravo na ime i državljanstvo, ali i pravo da zna svoje roditelje i uživa njihovu skrb (stavak 1.). Svaka država mora voditi računa da u skladu s nacionalnim i međunarodnim propisima dijete ne bude bez državljanstva (stavak 2.). U kontekstu identiteta, nadalje, mogu se navesti i odredbe Konvencije o pravima djeteta koje se odnose primjerice na slobodu djeteta na mišljenje, savjest i vjeroispovijest (članak 14.), zaštitu privatnog života djeteta (članak 16.) kao i slobodno sudjelovanje djeteta u kulturnom životu i umjetnosti (članak 31.).

Europska konvencija o ljudskim pravima iz 1950.⁵⁶ kao regionalni europski međunarodni ugovor o zaštiti građanskih i političkih prava također sadrži niz odredbi koje se odnose na pravo na identitet, sličnih onima iz Opće deklaracije o ljudskim pravima i MPGPP-a. U skladu s člankom 8. EKLJP-a, svaka osoba ima pravo na „poštovanje svog privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja“. Članak 9. EKLJP-a navodi, u ovom kontekstu, jednako važnu odredbu o „pravu na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi“. To uključuje slobodu promjene vjere ili uvjerenja te slobodu iskazivanja svoje vjere na različite načine. Također, člankom 11. određuje se da svatko „ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo osnivati sindikate ili im pristupati radi zaštite svojih interesa“. Sva tri navedena prava podložna su ograničenjima, ali samo u skladu sa zakonom i ako je to u demokratskom društvu nužno radi zaštite legitimnih, Konvencijom propisanih interesa, kao što su javni red i mir,

⁵⁶ Vidi *supra*, bilj. 3.

zdravlje i moral te prava i slobode drugih.⁵⁷ Treba spomenuti i odredbu o pravu na obrazovanje iz članka 2. Protokola br. 1 EKLJP-a prema kojoj se jamči „pravo roditelja da osiguraju odgoj i poučavanje u skladu sa svojim vjerskim i filozofskim uvjerenjima“. Nadalje, važno je navesti i odredbe o zabrani diskriminacije u kojima se navode diskriminacijske osnove kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina i rođenje (članak 14. EKLJP-a i članak 1. Protokola br. 12 uz EKLJP).

U sljedećem poglavlju bazirat ćemo se samo na relevantnu praksu ESLJP-a ne samo zbog njegove iznimne važnosti za europske države kao najistaknutije i najutjecajnije regionalne institucije za zaštitu ljudskih prava već i zbog činjenice da je on jedino provedbeno tijelo od svih ovdje spomenutih međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava s pravosudnim karakterom. Zbog širine materije, brojnosti i opsežnosti prakse ESLJP-a i, opet, prostornog ograničenja ovoga rada, kao i zbog činjenice da su određeni aspekti ove problematike predmetom drugih radova izloženih na ovom znanstvenom skupu, ovdje izloženi pregled prakse ESLJP-a nužno je morao biti selektivan. Kao što smo obrazložili i u uvodu ovoga rada, autori su se odlučili samo na pregled prakse vezane uz članak 8. EKLJP-a kojim se jamči pravo na privatni život, i to samo na birane aspekte tog prava.

5. Selektivan pregled prakse Europskog suda za ljudska prava o zaštiti identiteta u kontekstu prava na privatni život

U EKLJP-u se identitet, kako je već komentirano, provlači kroz više konvencijskih odredbi. Najvažnije odredbe EKLJP-a vezane uz identitet jesu one: a) iz članka 8. u kontekstu prava na privatni život, b) iz članka 9. u kontekstu vjerskih prava i sloboda i c) iz članka 11. u kontekstu prava na udruživanje.⁵⁸ S obzirom na bogatu praksu i prevelik broj predmeta čije bi predstavljanje izašlo iz okvira ovog rada, odlučili smo se ograničiti samo na prikaz relevantne prakse ESLJP-a u primjeni članka 8. EKLJP-a kojim se štite privatni i obiteljski život, dom i dopisivanje. Pitanja vezana uz pravo na identitet u kontekstu članka 8. EKLJP-a u najvećoj su mjeri sadržana u praksi ESLJP-a koja se odnosi na njegov aspekt zaštite *privatnog života*. S obzirom na veliku širinu pojma „privatnog života“ iz članka 8. EKLJP-a⁵⁹

⁵⁷ Formulacija i opseg legitimnih interesa ponešto se razlikuju od odredbe do odredbe. Usp. članak 8. stavak 2., članak 9. stavak 2. i čl. 11. stavak 2. EKLJP-a.

⁵⁸ Al Tamimi, 2018., 288.

⁵⁹ Vidi: Harris, David *et al.*, 2018. Harris, O'Boyle & Warbrick *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. izd., Oxford: Oxford University Press, 503 i Schabas, William A., 2017. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 369.

predmeti koji su obuhvaćeni pravom na privatnost u Vodiču o članku 8. EKLJP-a, u izdanju Vijeća Europe, grupirani su u tri široke kategorije koje se ponekad preklapaju. Tako u članak 8. ulaze sljedeća pitanja i problemi: (i) tjelesni, psihički i moralni integritet osobe, (ii) njezina privatnost i (iii) njezin identitet i autonomija.⁶⁰ U daljnjem ćemo se tekstu, s obzirom na temu rada, uglavnom koncentrirati na birane aspekte kategorije „identiteta i autonomije“. Praksa ESLJP-a o pitanjima identiteta i autonomije u spomenutom je Vodiču, opet, podijeljena na niz potkategorija. Između ostalih, to su: pravo na osobni razvoj i autonomiju, pravo na otkrivanje vlastitog porijekla, vjerska i filozofska uvjerenja, željeni izgled, pravo na ime/osobne dokumente, rodni identitet, pravo na etnički identitet, pitanja državljanstva te bračni i roditeljski status.⁶¹

Prilikom odabira sudske prakse koja će se u radu prikazati autori su se vodili prema dva kriterija. Prvi kriterij bio je sadržaj cijeloga znanstvenog skupa, za potrebe kojeg smo pisali ovaj rad i zadatka koji smo dobili od organizatora skupa, a drugi je kriterij relevantnosti i ilustrativnosti slučaja u kontekstu teme rada. U neke aspekte, kako smo u uvodu spomenuli, nismo ulazili iz razloga što su one predmetom drugih znanstvenih radova u sklopu ovoga skupa – radi se o pravu na ime/osobne dokumente, rodni identitet i pitanja državljanstva. Praksu ESLJP-a vezanu uz pravo na osobni razvoj i autonomiju nismo prikazali iz razloga što je više vezana uz zaštitu autonomije osobe nego uz identitet u užem smislu riječi.⁶² S druge strane praksa ESLJP-a vezana uz aspekt vjerskih i filozofskih uvjerenja usko je vezana uz materiju slobode vjeroispovijesti iz članka 9. EKLJP-a, što smo izuzeli iz rada. Uz to, više je vezana uz zaštitu privatnosti nego uz slobodu izražavanja i (o)čuvanja identiteta.⁶³ Dakle, bit će dan prikaz biranih predmeta iz prakse ESLJP-a vezanih uz aspekte otkrivanja vlastitog porijekla, željenog izgleda, etničkog identiteta te bračnog i roditeljskog statusa. Prije prikaza konkretnih sudskih predmeta važno je naglasiti da pravo na identitet u kontekstu zaštite privatnog života iz članka 8. EKLJP-a nije apsolutno pravo već je na temelju njegova stavka 2. podložno ograničenjima „u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske

⁶⁰ Vidi *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 2020. Council of Europe/European Court of Human Rights, 3-4, 21 i dalje.

⁶¹ Vidi *Guide on Article 8* 2020., 3-4, 55 i dalje.

⁶² Vrijedi pak istaknuti i da je u nizu takvih slučajeva ESLJP načelno naglasio da se člankom 8. štiti pravo na osobni razvoj te pravo na uspostavljanje i razvijanje odnosa s drugim ljudskim bićima i vanjskim svijetom. Vidi npr.: *Niemitz v. Germany*, App. no. 13710/88, Judgment, 16 December 1992, stavak 29., *Pretty v. United Kingdom*, App. no. 2346/02, Judgment, 29 April 2002, stavci 61. i 67. i *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, App. no. 21722/11, Judgment, 27 May 2013 (final), stavci 165. – 167.

⁶³ Vidi *Folgerø and Others v. Norway*, App. no. 15472/02, Judgment (Grand Chamber), 29 June 2007, stavak 98.

dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih“. U većini predmeta o kojima će biti riječi ESLJP se bavio utvrđivanjem proporcionalnosti zaštite nekog od navedenih interesa u odnosu na konkretnu povredu privatnog života.

a) ESLJP je u nizu predmeta priznao *pravo na otkrivanje vlastitog porijekla* i identiteta svojih roditelja kao integralnog dijela identiteta pojedinca u kontekstu prava na privatni i obiteljski život zajamčenog članka 8. EKLJP-a.⁶⁴ Još je u presudi u slučaju *Gaskin protiv Ujedinjene Kraljevine*⁶⁵ iz 1989. ESLJP iznio svoj temeljni stav oko toga prava koji se proteže kroz njegovu praksu do danas. Sud je izričito priznao da „osobe [...] imaju vitalan interes, zaštićen Konvencijom, primiti informacije potrebne za saznanje i razumijevanje njihovoga djetinjstva i ranog razvoja“, ali je pri tome naglasio i da se mora „imati na umu da je povjerljivost javnih evidencija od važnosti za primanje objektivnih i pouzdanih informacija te da takva povjerljivost može također biti nužna za zaštitu trećih osoba“ (stavak 49.). U navedenom predmetu radilo se o podnositelju pritužbe koji je u djetinjstvu u više navrata bio izuzet iz obitelji i smještan k različitim udomiteljima u sklopu sustava socijalne skrbi (stavak 10.). Tražio je od lokalnih vlasti da mu dopuste uvid u njegov spis predmeta kako bi dobio uvid o svojem djetinjstvu i ranom razvoju, što mu je samo djelomice dopušteno. Obrazloženje za uskratu bilo je vezano uz pravo trećih osoba na povjerljivost. Nadležna tijela bojala su se naime da bi davanje na uvid takvih informacija obeshrabrilo treće osobe da dostavljaju informacije socijalnim službama (stavak 17.). ESLJP je utvrdio da su ti dosjei bez sumnje vezani uz Gaskinov privatni i obiteljski život na način da pitanje prava pristupa tim dokumentima ulazi pod zaštitu članka 8. EKLJP-a (stavak 27.).

ESLJP je kasnije u cijelom nizu sličnih predmeta također utvrdio povredu članka 8. EKLJP-a. Jedan od tih sudskih predmeta jest i *Mikulić protiv Hrvatske*.⁶⁶ U navedenom predmetu podnositeljica zahtjeva, koja je rođena u izvanbračnom odnosu, prigovorila je da je hrvatski pravosudni sustav bio neučinkovit pri odlučivanju o pitanju očinstva te ju je ostavio u neizvjesnosti u pogledu njezina osobnog identiteta (stavci 47. i 49.). ESLJP je presudio da je neučinkovitost domaćih sudova doista ostavila podnositeljicu zahtjeva u stanju produljene neizvjesnosti u pogledu njezina osobnog identiteta, odnosno neizvjesnosti u pogledu identiteta njezina biološkog oca. Prema mišljenju Suda, osobe u situaciji podnositeljice

⁶⁴ *Guide on Article 8* 2020, 56.

⁶⁵ *Gaskin v. United Kingdom*, App. no. 10454/83, Judgment, 7 July 1989.

⁶⁶ *Mikulić v. Croatia*, App. no. 53176/99, Judgment, 7 February 2002.

zahtjeva imaju vitalan interes, koji je zaštićen EKLJP-om, primati informacije potrebne kako bi se otkrila istina o nekom važnom vidu njihova osobnog identiteta (stavak 64.). Hrvatske su vlasti dakle podnositeljici zahtjeva propustile osigurati poštovanje njezina privatnog života, na što ima pravo na temelju Konvencije (stavak 66.). U nedavnom predmetu *Çapın protiv Turske*⁶⁷ radilo se o tada 45-godišnjem podnositelju zahtjeva kojemu je turski sud odbacio zahtjev za utvrđivanjem očinstva zbog zastare. Naime, podnositeljica majka još je davne 1958. pokrenula postupak koji je bio odbačen pravomoćnom presudom turskog suda (stavak 7. i dalje). I u ovom je predmetu ESLJP potvrdio da svaka osoba ima vitalan interes saznati istinu o svojem identitetu i ukloniti bilo kakvu nesigurnost i da potreba da sazna te informacije neće nestati sa starenjem (stavak 77.). Vrlo sličan slučaj navedenome jest slučaj *Boljević protiv Srbije*⁶⁸, u kojem se radilo o još jednom odbijanju domaćih sudova da ponovno otvore postupak utvrđivanja očinstva iz 70-ih godina 20. stoljeća zbog zastare. Podnositelj zahtjeva tvrdio je da mu je takvom odlukom uskraćena mogućnost dokazivanja porijekla suvremenim znanstvenim metodama ispitivanja DNK (stavak 8.). Sud je i u tom slučaju utvrdio da je došlo do kršenja članka 8. EKLJP-a (stavci 54. – 56.).

S druge strane, ESLJP je u nekim predmetima, u skladu sa svojim spomenutim načelnim stavom izraženim u predmetu *Gaskin protiv Ujedinjene Kraljevine*, utvrdio da nije došlo do kršenja članka 8. EKLJP-a jer je država opravdano štitila interese trećih osoba. U slučaju *Odièvre protiv Francuske*⁶⁹ radilo se o podnositeljici pritužbe kojoj pri rođenju, na zahtjev njezine biološke majke, u matičnu knjigu rođenih podatak o majci nije bio upisan (stavak 10.), čime joj je bilo onemogućeno saznati podatak o biološkoj obitelji i svojoj osobnoj povijesti (stavak 24.). Podnositeljica zahtjeva u međuvremenu je u dobi od 4 godine posvojena (stavak 11.). Nakon što je postala punoljetna neuspješno je pokušala doći do toga podatka od nadležnih tijela (stavci 13. – 14.); smatrala je da uskrata tog podatka ima vrlo štetan utjecaj na nju i da joj je uskraćena mogućnost rekonstituiranja svoje životne povijesti. Također je zatražila i pristup informacijama radi utvrđivanja identiteta svoja tri biološka brata za koja je kasnije saznala da postoje. Tu je došlo do sukoba dvaju interesa: podnositeljčina prava da sazna svoju „biološku istinu“ i prava majke da ostane anonimna (stavak 44.). Zahtjev je bio odbačen u posebnom postupku kojim je majkama omogućeno da ostanu anonimne. Također, nije imala pravo steći nasljedstvo od svoje biološke majke već samo od svojih posvojitelja (stavak 51.). Naime, tadašnja je politika francuskih vlasti bila takva da se

⁶⁷ *Çapın v. Turkey*, App. no. 44690/09, Judgment, 15 October 2019.

⁶⁸ *Boljević v. Serbia*, App. no. 47443/14, Judgment, 16 June 2020.

⁶⁹ *Odièvre v. France*, App. no. 42326/98, Judgment (Grand Chamber), 13 February 2003.

sprječavaju pobačaji, pogotovo ilegalni, i da djeca ne budu napuštena, osim u skladu s propisanom procedurom.⁷⁰ ESLJP je u tom vrlo osjetljivom i složenom pitanju utvrdio da nije došlo do kršenja članka 8. EKLJP-a (stavak 49.).⁷¹ Konačno, nepobitno je da države pristupnice EKLJP-a imaju vrlo oprečna rješenja glede ostvarivanja prava djeteta na informacije o biološkom podrijetlu, ali zamjetne su i promjene u pravnom sustavu Francuske koje, ipak, omogućuju djetetu pristup *nekim* podacima o biološkom podrijetlu.⁷²

b) Među pitanja identiteta svakako ulazi i problematika prava i slobode osobe da odabere željeni izgled. ESLJP se time bavio u nekoliko predmeta priznajući da se „osobni izbori o željenom izgledu pojedinca, bilo u javnoj ili privatnoj sferi, odnose na izražavanje njegove ili njezine osobnosti i stoga potpadaju pod pojam privatnog života“ zajamčenog člankom 8. EKLJP-a.⁷³ U predmetu *Popa protiv Rumunjske* radilo se o obvezatnom šišanju kose prilikom ulaska u zatvor,⁷⁴ u predmetu *Tiğ protiv Turske* o zabrani pristupa sveučilištu zbog puštene brade,⁷⁵ u predmetu *Gough protiv Ujedinjene Kraljevine* o nagosti na javnim mjestima,⁷⁶ a u poznatom predmetu *S.A.S. protiv Francuske* o zabrani nošenja pokrivala preko lica na javnim mjestima, u kontekstu žena koje nose veo preko cijeloga lica iz vjerskih razloga.⁷⁷ Iako je ESLJP priznao da svi ti aspekti željenog izgleda pojedinca, načelno, ulaze pod zaštitu članka 8. EKLJP-a, u svim navedenim predmetima Sud je presudio da u tim konkretnim slučajevima nije došlo do povrede prava na privatni život zaključivši da su ograničenja državnih vlasti bila proporcionalna šticećenim interesima iz članka 8. stavka 2. EKLJP-a. U predmetu *Gough protiv Ujedinjene Kraljevine* ograničenje je u suštini bilo opravdano tvrdnjom da se u demokratskim društvima nagost na javnim mjestima smatra antisocijalnim ponašanjem (stavci 184. i 176.). U predmetu *Popa protiv Rumunjske* ograničenje je opravdano razlozima održavanja higijene i sprječavanja zaraza (stavak 33.), a u predmetu *Tiğ protiv Turske* Sud je odbacio pritužbu kao neutemeljenu iz razloga što je ograničenje bilo prilično ograničenog dosega s obzirom na to da je podnositelju tolerirano kršenje

⁷⁰ Marshall navodi da se praksa anonimnog rađanja u Francuskoj može pratiti još od prve polovice 17. stoljeća. Marshall, Jill, 2009. *Personal Freedom through Human Rights Law: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Ledien, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 127.

⁷¹ U literaturi postoje oprečni stavovi vezani uz tako relativno postavljeni stav ESLJP-a oko zaštite prava na vlastito porijeklo. Vidi: Ponjavić, Zoran, Palačković, Dušica, 2017. *Pravo na anonimni porođaj, Stanovništvo*, 1, 32.

⁷² Hlača, Nenad, 2008. Društveni i pravni aspekti napuštanja novorođenčeta, *Društvena istraživanja*, 4-5, 811.

⁷³ *Guide on Article 8* 2020., 57.

⁷⁴ *Popa c. Roumanie*, Requête no. 4233/09, Décision, 18 juin 2013, stavci 32. – 33.

⁷⁵ *Tiğ v. Turkey*, Requête no. 8165/03, Décision, 24 mai 2005, stavak 1.

⁷⁶ *Gough v. United Kingdom*, App. no. 49327/11, Judgment, 28 October 2014, stavci 182. – 184.

⁷⁷ *S.A.S. v France*, App. no. 43835/11, Judgment (Grand Chamber), 1 July 2014, stavci 106. – 107.

pravila godinu dana te što mu je omogućen završetak studija (stavak 1.). U predmetu *S.A.S. protiv Francuske* Sud je pak, dajući široku slobodu procjene Francuskoj u tom slučaju, ograničenje opravdao razlogom očuvanja „zajedničkog života“ kao elementa zaštite prava i sloboda drugih iz članka 8. stavka 2. EKLJP-a (stavak 157.). Izuzetak je u tom pogledu predmet *Biržietis protiv Litve* u kojem se radilo o apsolutnoj zabrani puštanja brade u zatvoru⁷⁸ u kojem tužena država nije uspjela dokazati nužnu potrebu kojom bi opravdala takvu zabranu te je ESLJP presudio da je podnositelju zahtjeva povrijeđeno pravo na privatni život iz čl. 8. EKLJP-a (stavak 58.).

c) Pod zaštitu članka 8. EKLJP-a, prema ESLJP-u, ulaze i pitanja *etničkog identiteta*. Praksa Suda uglavnom se odnosi na prava članova manjinskih skupina veza na uz očuvanje njihova vlastitog identiteta i vođenja privatnog i obiteljskog života u skladu sa svojom tradicijom.⁷⁹ U predmetu *Chapman protiv Ujedinjene Kraljevine*⁸⁰ radilo se tako o prisilnoj deložaciji Romkinje sa zemlje na kojoj je živjela u svojoj prikolici za stanovanje. Sud je utvrdio da je posjed podnositeljice zahtjeva nad njezinom prikolicom za stanovanje „integralni dio njezinoga etničkog identiteta kao Romkinje, odražavajući dugu tradiciju te manjinske skupine da upražnjava lutalački način života“. Sud je, nadalje, zaključio da su mjere državnih tijela utjecale na „održavanje njezinoga identiteta kao Romkinje i vođenje njezinoga privatnog i obiteljskog života u skladu s tom tradicijom“ (stavak 73.). ESLJP je ipak u tom konkretnom slučaju presudio da nije došlo do povrede članka 8. jer je postupanje bilo opravdano legitimnim interesom zaštite „prava drugih“ iz članka 8. stavka 2. EKLJP-a u kontekstu očuvanja okoliša (stavci 102. i 113.). U predmetu *Ciubotaru protiv Moldavije*⁸¹ radilo se pak o odbijanju nadležnih vlasti da promijene podatak o etnicitetu pojedinca u matičnim knjigama. Naime, dok je Moldavija bila u sklopu SSSR-a, većina njezinih stanovnika bila je upisana u matične knjige kao Moldavci (stavak 19.). Podnositelj prijedloga zahtijevao je da se bilješka o njegovu etničkom identitetu promijeni iz Moldavca u Rumunja. Domaće pravo kao jedinu opciju predviđalo je dokazivanje etničkog podrijetla roditelja. Kako podnositelj zahtjeva nije uspio dokazati etnicitet roditelja kao Rumunja, nadležne vlasti nisu udovoljile njegovu zahtjevu unatoč tome što je on bio u mogućnosti dokazati svoj etnicitet na temelju drugih objektivnih poveznica s rumunjskom etničkom skupinom kao što su jezik, ime i dr. (stavak 58.). ESLJP je u tome slučaju naglasio da „uz aspekte kao što su ime, rod, religija i seksualna orijentacija,

⁷⁸ *Biržietis v. Lithuania*, App. no. 49304/09, Judgment, 14 June 2016, st. 54., 57-58.

⁷⁹ *Guide on Article 8* 2020., 60-61.

⁸⁰ *Chapman v. United Kingdom*, App. no. 27238/95, Judgment (Grand Chamber), 18 January 2001.

⁸¹ *Ciubotaru v. Moldova*, App. no. 27138/04, Judgment, 27 April 2010.

etnički identitet pojedinca tvori bitan aspekt njegova ili njezina privatnog života i identiteta“ (stavak 53.). Osobito je naglasio važnost etničkoga identiteta u društveno-političkom životu Moldavije u kojoj je problem etničkog identiteta uzrok društvenih napetosti i žučne rasprave i u kojoj je službeno zabilježeni etnički identitet pojedinca „kao niti jedan drugi zabilježeni aspekt identiteta, odlučan u utvrđivanju etničkog identiteta njegove ili njezine djece i idućih generacija“ (stavak 53.). Sud je zaključio da je tužena država povrijedila svoje pozitivne obveze iz članka 8. EKLJP-a u tome što nije omogućila podnositelju zahtjeva da promijeni službenu zabilješku o etnicitetu na temelju objektivno provjerljivih dokaza (stavak 59.).

U predmetu *Aksu protiv Turske*⁸² također se radilo o pozitivnim obvezama države vezano uz primjenu članka 8. EKLJP-a. U tom predmetu radilo se o knjizi jednog sveučilišnog profesora o romskoj zajednici u Turskoj u izdanju turskog ministarstva kulture. Podnositelj zahtjeva kao član romske etničke manjine smatrao je da navedena knjiga sadržava mišljenja i izraze kojima se ponižava Rome. Turski sudovi presudili su da je navedena knjiga rezultat akademskog istraživanja, temeljena na znanstvenim podacima, da se bavi istraživanjem društvenih struktura romske zajednice u Turskoj te da njezin sadržaj stoga nije uvredljiv (stavak 69.). S obzirom na to da je ministarstvo kulture tijekom sudskih postupaka vratilo autorska prava autoru knjige i s obzirom na to da podnositelj zahtjeva nije ustrajao na postupku protiv ministarstva kulture, ESLJP je u tom slučaju razmatrao isključivo pitanje eventualne povrede pozitivnih obveza Turske da zaštiti podnositelja od povrede prava na privatni život od treće strane – autora knjige (stavci 60. – 61.). U navedenom slučaju ESLJP je zauzeo načelno stajalište prema kojemu „bilo kakvo negativno stereotipiziranje skupine, kada dosegne određenu razinu, može utjecati na osjećaj identiteta skupine te osjećaje vlastite vrijednosti i samouvjerenja članova skupine“. Na temelju toga, prema Sudu, može se smatrati da takvo stereotipiziranje može imati utjecaj na privatni život članova skupine (stavak 58.). ESLJP je u tom konkretnom slučaju ipak zaključio da Turska nije prešla granice slobodne procjene u primjeni članka 8. Konvencije (stavci 76. – 77.).

d) ESLJP je svojom praksom u primjeni članka 8. EKLJP-a kao identitetska pitanja prepoznao i *pitanja vezana uz bračni i roditeljski status*. U predmetu *Dadouch protiv Malte*⁸³ radilo se tako o podnositelju zahtjeva koji je neuspješno pokušavao službeno registrirati svoj novosklopljeni brak s ruskom državljankom u Malti. Podnositelj je inače stekao malteško državljanstvo ranijim brakom. Sud je zaključio

⁸² *Aksu v. Turkey*, App. nos. 4149/04 and 41029/04, Judgment (Grand Chamber), 15 March 2012.

⁸³ *Dadouch v. Malta*, App. no. 38816/07, Judgment, 20 July 2010.

da službena uknjižba sklopljenoga braka kao priznanje građanskog položaja pojedinca ulazi pod zaštitu članka 8. EKLJP-a naglasivši da pravno priznanje stvarnoga bračnog statusa osobe, bilo da se radi, između ostalog, o osobi u braku, samcu, razvedenoj osobi, udovici ili udovcu, čini dio njezina ili njegova osobnog i socijalnog identiteta te psihološkog integriteta (stavak 48.). Sud je presudio da je Malta odugovlačenjem upisa braka povrijedila podnositeljevo pravo na privatni i obiteljski život iz članka 8. Konvencije (stavci 60. – 61.).

Što se tiče roditeljskog statusa, Sud je u nizu slučajeva vezanih uz pravo oca na odnose s djetetom za koje tvrdi da je njegovo u kontekstu prava na privatni život iz članka 8. zauzeo stajalište da se radi o identitetu osobe kao roditelja. U predmetu *Ahrens protiv Njemačke*⁸⁴ ESLJP je tako izričito naglasio da je već ranije u brojnim predmetima zaključio da se „postupci vezani uz ustanovljenje ili osporavanje očinstva tiču privatnoga života muškarca u pitanju prema članku 8., koji obuhvaća važne aspekte nečijega osobnog identiteta“ (stavak 60.). Budući da okviri rada ne dopuštaju širok pregled svih tih brojnih predmeta, radi ilustracije toga aspekta identiteta osvrnut ćemo se samo na slučaj *Krušković protiv Hrvatske*⁸⁵ s obzirom na to da se radi o predmetu protiv Republike Hrvatske u kojem je Sud presudio da je došlo do povrede članka 8. EKLJP-a. U navedenom slučaju radilo se o podnositelju zahtjeva koji je zbog oduzete poslovne sposobnosti bio lišen mogućnosti biti upisan kao otac djeteta u matične knjige. Naime podnositelju, kojem je poslovna sposobnost oduzeta na temelju psihijatrijske preporuke kao dugotrajnom narkomanskom ovisniku, poništeno je već dano priznanje očinstva uslijed saznanja o njegovu lišenju poslovne sposobnosti. Iako je nadležni centar za socijalnu skrb u jednom trenutku pokrenuo postupak za ustanovljenje očinstva, ESLJP je zaključio da je, s obzirom na to da nije postojala nikakva obveza ni rokovi za pokretanje takvoga postupka, podnositelj ostavljen u pravnoj praznini (stavak 40.). Ignorirajući njegove zahtjeve da mu se prizna očinstvo, Republika Hrvatska, prema ESLJP-u, nije ispunila svoje pozitivne obveze u zaštiti njegovih prava iz članka 8. EKLJP-a (stavak 44.).

Ovim smo radom, zbog već ranije argumentiranih razloga, zahvatili samo jedan manji dio prakse ESLJP-a koja se odnosi na identitet u kontekstu članka 8. EKLJP-a kojim se štiti privatni život, ali čak i taj mali dio pokazuje nam da su identitetska pitanja vrlo raznovrsna i razasuta u različite aspekte zaštite privatnog života pojedinca koji se štiti EKLJP-om.

⁸⁴ *Ahrens v. Germany*, App. no. 45071/09, Judgment, 22 March 2012.

⁸⁵ *Krušković v. Croatia*, App. no. 46185/08, Judgment, 21 June 2011.

6. Osvrt na pravnu prirodu i važnost primjene presuda Europskog suda za ljudska prava u državama strankama Europske konvencije o ljudskim pravima

Konačno, na kraju ovog znanstvenog pregleda i analize problematike identiteta s pravnog aspekta, autori osjećaju potrebu zaokružiti taj pregled isticanjem važnosti primjene presuda ESLJP-a u državama strankama. Države članice EKLJP-a ratifikacijom ovog ugovora na sebe su preuzele i međunarodnopravnu obvezu da će se „podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke“ (članak 46. stavak 1.). Osim što su presude ESLJP-a, prema Konvenciji, obvezujuće samo za stranke konkretnog slučaja (pravni učinak *inter partes*), one su i načelno deklaratornog karaktera.⁸⁶ To znači da se samom presudom ne poništavaju i ne opozivaju sporne odredbe unutarnjeg prava ako je njihovom primjenom došlo do povrede prava zajamčenih Konvencijom. Na koji će način provesti svoju obvezu podvrgavanja konačnoj presudi ESLJP-a u skladu s člankom 46. stavkom 1. EKLJP-a, stvar je odluke države stranke te Konvencije.⁸⁷ Pa ipak, država stranka u praksi će na temelju presude Suda kojom je utvrđena povreda Konvencije biti pod obvezom ne samo isplatiti naknadu oštećenom pojedincu već i poduzeti sve potrebne pojedinačne i/ili opće mjere u svojem unutarnjem pravnom poretku kako bi prestala s protupravnim djelom i naknadila štetu posljedice toga djela s ciljem da se podnositelja pritužbe stavi koliko je to god moguće u poziciju u kojoj bi bio da je djelovanje države bilo u skladu s Konvencijom (*restitutio in integrum*).⁸⁸ U predmetima u kojima je izvor povrede prava zajamčenog EKLJP-om pravna odredba kao takva, a ne način njezine primjene u konkretnom individualnom slučaju, neminovno je prema tome da će presuda ESLJP-a imati učinke koji se protežu i dalje od konkretnog slučaja pred ESLJP-om.⁸⁹

Nadzor izvršenja presuda ESLJP-a u nadležnosti je Odbora ministara Vijeća Europe (članak 46. stavak 2.) u čijem su sastavu zastupljene sve države članice Vijeća Europe, koje su ujedno i države stranke EKLJP-a. Budući da sve države članice EKLJP-a imaju svojeg predstavnika u Odboru ministara, i država o čijem se (ne)izvršenju presude raspravlja sudjeluje u formalnom postupku nadzora izvršenja presude.⁹⁰ Proces kojim se utvrđuje da je isplaćena naknada povrijeđenome

⁸⁶ *Marcxs v. Belgium*, App. no. 6833/74, Judgment (plenary), 13 June 1979, stavak 58.

⁸⁷ *Marcxs v. Belgium* 1979., stavak 58. EKLJP ne nameće državama strankama čak niti obvezu njezina uvođenja u njihov unutarnji pravni poredak. Više o tome vidi Tomuschat 2014, 169-171.

⁸⁸ Oetheimer, Mario; Cano Palomares, Guillem, 2020. *European Court of Human Rights (ECtHR)*, u: *Max Planck Encyclopedia of International Law* (online izdanje), Oxford: Oxford University Press, <https://opil.ouplaw.com/home/mpi>, stavak 43.

⁸⁹ *Marcxs v. Belgium* 1979., stavak 58.

⁹⁰ Greer, Steven, 2018. Europe, u: *International Human Rights Law* (Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh ur.), 3. izd., Oxford: Oxford University Press, 2018., 458.

te da su provedene i druge nužne mjere u državi stranci može potrajati i nekoliko godina.⁹¹ Ponekad je državama teško ispraviti određene sustavne pravne izvore povreda Konvencije iz različitih razloga kao što su nejasnoće u presudi ESLJP-a, politički problemi, prezahtjevan opseg potrebnih reformi, uređivanje kompleksnih zakonodavnih procedura, proračunski problemi, nepovoljno javno mnijenje i birokratska inercija.⁹² Člankom 46. EKLJP-a otvorene su i dvije mogućnosti sudjelovanja ESLJP-a u postupku nadzora izvršenja presude. Odbor ministara dvotrećinskom većinom predstavnika može zatražiti od Suda razjašnjenja u slučaju kada je nadzor izvršenja otežan nekim pitanjima tumačenja presude (stavak 3.) te može Sudu postaviti pitanje je li država stranka propustila ispuniti svoje obveze u slučaju kada smatra da se država stranka odbija podvrgnuti konačnoj presudi (stavak 4.).

U slučajevima kad je određena država ustrajna u neispunjavanju svoje obveze podvrgavanja presudama ESLJP-a, Vijeću Europe na raspolaganju ne stoji gotovo ništa, barem ne u pravnom smislu, osim suspenzije glasačkih prava problematične države u radu Odbora ministara ili njezina isključivanja iz članstva Vijeća Europe, a to su sredstva koja bi vrlo vjerojatno bila kontraproduktivna u velikoj većini slučajeva.⁹³ Sustav uglavnom počiva na političkim pritiscima i uvjeravanjima u forumu država stranaka EKLJP-a, ali i na zajedničkim političkim interesima, koji često uključuju i toleranciju praktičnih problema pojedine države u izvršenju presuda.⁹⁴

ESLJP je uvijek vodio računa o različitim pravnim pristupima država stranaka te je u velikoj mjeri poštivao praksu nacionalnih sudova jer je bilo jasno da mora postići delikatnu ravnotežu između svoje nadzorne uloge u primjeni EKLJP-a i poštivanja unutarnjih pravnih sustava njezinih država stranaka. U skladu s time ESLJP je često kritiziran i zbog svojih (pre)širokih interpretacija konvencijskih odredbi i zbog svoje suzdržanosti u slučajevima ključnih nacionalnih interesa i osjetljivosti.⁹⁵ U svakom slučaju, utjecaj prakse ESLJP-a na zaštitu ljudskih prava u unutarnjim pravnim sustavima država stranaka EKLJP-a, ali i na cjelokupno međunarodno pravo zaštite ljudskih prava ne smije se i ne može podcijeniti. Na njegove se presude, uz nacionalne sudove, referiraju i drugi regionalni i univerzalni međunarodni sudovi i tijela. Sustav EKLJP-a jest „u srcu regionalne kulture ljudskih prava u Europi“.⁹⁶ U skladu s time, EKLJP ima velik utjecaj ne samo na države stranke Konvencije već i na cijelu Europsku uniju: poštivanje ljudskih

⁹¹ Greer 2018., 459. Više o postupku pred Odborom ministara vidi Harris *et al.* 2018., 184 i dalje.

⁹² Greer 2018, 459.

⁹³ Greer 2018, 459.

⁹⁴ Harris *et al.* 2018., 183.

⁹⁵ Bantekas, Ilias; Oette, Lutz, 2016. *International Human Rights Law and Practice*, 2. izd., Cambridge: Cambridge University Press, 246.

⁹⁶ Bantekas, Oette 2016., 249.

prava jedan je od važnih kriterija za pristup toj organizaciji,⁹⁷ Povelja Europske unije o temeljnim pravima⁹⁸ napisana je pod utjecajem EKLJP-a, a i sama Europska unija planira pristupiti EKLJP-u.⁹⁹ EKLJP je dio unutarnjih pravnih sustava mnogih država stranaka, uključujući i Republiku Hrvatsku, i njezine se odredbe konzistentno primjenjuju i na njih se referira pred nacionalnim sudovima.¹⁰⁰ Prema Ustavu Republike Hrvatske, autori podsjećaju, EKLJP je, kao međunarodni ugovor koji je Republika Hrvatska ratificirala i objavila, po pravnoj snazi *iznad* njezinih zakona.¹⁰¹ Praksa ESLJP-a potaknula je tako u kontekstu određenih prava zajamčenih EKLJP-om mnoge države stranke na poduzimanje niza zakonodavnih i institucionalnih reformi.¹⁰²

7. Zaključna razmatranja

Iako se pojam „identiteta“ kao takav uglavnom ne spominje u odredbama međunarodnih dokumenata o zaštiti ljudskih prava, uvidom u problematiku definiranja toga pojma i njegovih elemenata očigledno je da je pravo na identitet itekako sastavni dio korpusa međunarodnim pravom zaštićenih ljudskih prava. Čak štoviše, elemente identiteta možemo pronaći fragmentirane u većoj ili u manjoj mjeri u čitavom nizu različitih odredbi međunarodnih pravnih dokumenata. Holističko izučavanje problematike identiteta u međunarodnom pravu znatno je otežano ne samo zbog neodređenosti i kompleksnosti samoga pojma identiteta već i zbog njegove raspršenosti kroz različita njime zaštićena prava.

EKLJP također u svojim odredbama ne spominje izričito pojam identiteta i prava na identitet, no identitetska pitanja itekako su prisutna u bogatoj praksi ESLJP-a o pitanjima vezanim uz zaštitu prava na identitet. Predstavljene kategorizacije identitetskih pitanja samo unutar članka 8. EKLJP-a jasno pokazuju veliku heterogenost i svu širinu pojma prava na identitet, čak i u kontekstu samo te jedne odredbe navedene Konvencije. Nedvojbeno je da ESLJP ne samo shvaća i jasno prihvaća koncept identiteta nego ga i štiti primjenjujući različite članke Konvencije.

⁹⁷ Vidi službene internetske stranice EU, European Neighbourhood Policy And Enlargement Negotiations, Conditions for membership, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/conditions-membership_en.

⁹⁸ Official Journal of the EU, C 326, 26. listopada 2012., 391-407.

⁹⁹ Vidi službene internetske stranice EU, *EU accession to the ECHR*, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>.

¹⁰⁰ Bantekas, Oette 2016, 249.

¹⁰¹ Usp. članak 141. Ustava Republike Hrvatske. NN 85/2010. (pročišćeni tekst) i 5/2014. (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske).

¹⁰² Za kratki pregled vidi: Bantekas, Oette 2016, 249-250.

Može se konstatirati da je ta sudska praksa brojna i raznolika, no postoji ozbiljan problem u vezi s njezinom sistematizacijom i jasnim pregledom. Navedena heterogenost, kao što je to slučaj i u širem kontekstu međunarodnopravne zaštite ljudskih prava, bitno otežava holističko istraživanje prava na identitet u kontekstu EKLJP-a. Ono za što se također može reći da je zajedničko svim prikazanim predmetima jest da je ESLJP vrlo pozitivno nastrojen zaštiti identitetskih prava te u skladu s time vrlo široko tumači članak 8. zaštićenog prava na privatni život, ali je u isto vrijeme u svakom konkretnom slučaju vrlo oprezan u odvagivanju proporcionalnosti povrede toga prava s drugim legitimnim zaštićenim interesima propisanim člankom 8. stavkom 2. EKLJP-a.

S obzirom na regionalnu i kulturološku ograničenost EKLJP-a, bilo bi stoga važno i izazovno analizirati i praksu drugih međunarodnih sudova i kvazisudskih tijela, primjerice Interameričkog suda za ljudska prava, Afričkog suda za prava čovjeka i naroda, Odbora za ljudska prava, Odbora za ekonomska, socijalna i kulturna prava i Odbora za prava djeteta, ali, naravno, i nacionalnih sudova država po pitanju zaštite identiteta i pitanja vezanih uz identitet koja se javljaju pred tim tijelima jer bi i takva znanstvena istraživanja znatno pridonijela razumijevanju problematike identiteta i prava na identitet u polju prava, ali i u društvenim znanostima općenito.

Korišteni izvori

Knjige i članci:

- Al Tamimi, Yussef, 2018. Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law, *Social & Legal Studies*, 3, 283-298.
- Andrassy, Juraj *et al.*, 2010. *Međunarodno pravo*, 1. dio, 2. izdanje, Zagreb: Školska knjiga.
- Bantekas, Ilias; Oette, Lutz, 2016. *International Human Rights Law and Practice*, 2. izd., Cambridge: Cambridge University Press.
- Béland, Daniel, 2017. Identity, politics, and public policy, *Critical Policy Studies*, 1, 1-18.
- Besson, Samantha, 2007. Enforcing the Child's Right to Know his Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights, *International Law Journal*, 2, 137-159.
- Coomans, Fons, 2018. Education and Work, u: *International Human Rights Law* (Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh ur.), 3. izd., Oxford: Oxford University Press, 2018., 232-252.
- Deng, Francis M., 1995. *War of Visions, Conflict of Identities in the Sudan*, Washington D.C.: The Brookings Institution.

- Douzinas, Costas, 2000. Six theses on the end(s) of human rights, *Finnish Yearbook of International Law*, 6.
- Douzinas, Costas, 2002. Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us About Human Rights?, *Journal of Law and Society*, 3, 379-405.
- Gosain, Ashok; Gosain, Ashish, 2007. *Political Theory and Political Thought*, New Delhi: Har-Anand Publications
- Grbić, Jadranka, 1998. Jezik i govor kao komponente pripadnosti zajednici (Ogled o jeziku i identitetu), u: *Etničnost, nacija, identitet – Hrvatska i Europa* (Čičak-Chand, Ružica, Kumpes, Josip, ur.), Zagreb: Institut za migracije i narodnosti, Hrvatsko sociološko društvo, 1998., 181-189.
- Greer, Steven, 2018. Europe, u: *International Human Rights Law* (Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh ur.), 3. izd., Oxford: Oxford University Press, 2018., 441-465.
- Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 2020. Council of Europe/European Court of Human Rights.
- Gullestrup, Hans, 2006. *Cultural Analysis – towards cross-cultural understanding*, Aalborg: Aalborg University Press.
- Harris, David et al., 2018. *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, 4. izd., Oxford: Oxford University Press.
- Herrigel, Gary, 1993. Identity and Institutions: The Social Construction of Trade Unions in the United States and Germany in the 19th Century, *Studies in American Political Development*, 2, 371-394.
- Hlača, Nenad, 2008. Društveni i pravni aspekti napuštanja novorođenčeta, *Društvena istraživanja*, 4-5, 799-821.
- Jepperson, Ronald L., Wendt, Alexander; Katzenstein, Peter, 1996. Norms, Identity, and Culture in National Security, u: *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics* (Katzenstein, Peter ed.), New York: Columbia University Press, 33-79.
- Kalanj, Rade, 2003. Zov identiteta kao prijeporno znanstveno pitanje, *Socijalna ekologija: časopis za ekološku misao i sociologijska istraživanja*, 1-2, 47-68.
- Leroćić, Zvonko, 1977. *Nacija – Teorijska istraživanja društvenog temelja i izgradnje nacije*, drugo dopunjeno i prošireno izdanje, Zagreb: Globus.
- Margalit, Avisahi; Halbertal, Moshe, 1994. Liberalism and the Right to Culture, *Social Research*, 3, 491-510.
- Marshall, Jill, 2009. *Personal Freedom through Human Rights Law: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Ledien, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

- Marshall, Jill, 2014. Human Rights Law and Personal Identity: An Introduction, *University of Leicester School of Law Research Paper*, 14-30.
- Marshall, Jill, 2016. *Human Rights Law and Personal Identity*, Oxon, New York: Routledge.
- Mautner, Menachem, 2008. From "Honor" to "Dignity": How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups?, *Theoretical Inquiries Law*, 2, 609-642.
- Oetheimer, Mario; Cano Palomares, Guillem, 2020. European Court of Human Rights (ECtHR), u: *Max Planck Encyclopedias of International Law* (online izdanje), Oxford: Oxford University Press, <https://opil.ouplaw.com/home/mpil>.
- Pfefferle, Brian R., 2007. The Indefensibility of Post-Colonial Aboriginal Rights, *Saskatchewan Law Review*, 2, 393-423.
- Ponjavić, Zoran, Palačković, Dušica, 2017. Pravo na anonimni porođaj, *Stanovništvo*, 1, 21-40.
- Powell, Catherine, 1998. Introduction: Locating Culture, Identity, and Human Rights Symposium in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: Introduction, Fordham Law School, *Columbia Human Rights Law Review*, 2, 201-224.
- Schabas, Wiliam A., 2017. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.
- Shelton, Dinah, 2016. Preface On Identity, *The George Washington International Law Review*, 1, 1-18.
- Taylor, Charles, 1989. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tomuschat, Christian, 2014. *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3. izd., Oxford: Oxford University Press.
- Wendt, Alexander, 1994. Collective Identity Formation and the International State, *The American Political Science Review*, 2, 384-396.
- Wendt, Alexander, Spring 1993. Anarchy is What States Make of It The Social Construction of Power Politics, *International Organization*, 2, 391-425.

Međunarodni ugovori i drugi međunarodni dokumenti:

- CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), UN Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994.
- Dopunski protokol Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I.) iz 1977. NN MU 5/1994.
- Konvencija o pravima djeteta iz 1989. SL SFRJ MU 15/1990. Republika Hrvatska stranka je Konvencije temeljem Odluke o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, NN MU 12/1993. Izmjena u NN MU 20/1997., 4/1998. i 13/1998.
- Konvencija o pravnom položaju osoba bez državljanstva iz 1954. *U.N.T.S.*, sv. 360, 117.

Konvencija o smanjenju slučajeva bez državljanstva iz 1961. *U.N.T.S.*, sv. 989, 175.

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. NN MU 18/1997., 6/1999., 8/1999., 14/2002., 13/2003., 9/2005., 1/2006., 2/2010.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. SL SFRJ 7/1971. Republika Hrvatska stranka je ovoga Pakta na temelju Odluke o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, NN MU 12/1993.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. SL SFRJ 7/1971. Republika Hrvatska stranka je ovoga Pakta na temelju Odluke o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, NN MU 12/1993.

Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. NN MU 12/2009.

Povelja EU o temeljnim pravima iz 2000. *Official Journal of the EU*, C 326, 26. listopada 2012., 391–407.

Special Rapporteur Capotorti, 'Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities for the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities', UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Add. 1-7. (1977).

Ženevska konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata iz 1949. NN MU 5/1994.

Sudska praksa:

Ahrens v. Germany, App. no. 45071/09, Judgment, 22 March 2012.

Aksu v. Turkey, App. nos. 4149/04 and 41029/04, Judgment (Grand Chamber), 15 March 2012.

Biržietis v. Lithuania, App. no. 49304/09, Judgment, 14 June 2016.

Boljević v. Serbia, App. no. 47443/14, Judgment, 16 June 2020.

Çapın v. Turkey, App. no. 44690/09, Judgment, 15 October 2019.

Chapman v. United Kingdom, App. no. 27238/95, Judgment (Grand Chamber), 18 January 2001.

Ciubotaru v. Moldova, App. no. 27138/04, Judgment, 27 April 2010.

Dadouch v. Malta, App. no. 38816/07, Judgment, 20 July 2010.

Folgerø and Others v. Norway, App. no. 15472/02, Judgment (Grand Chamber).

Gaskin v. United Kingdom, App. no. 10454/83, Judgment, 7 July 1989.

Gough v. United Kingdom, App. no. 49327/11, Judgment, 28 October 2014.

Krušković v. Croatia, App. no. 46185/08, Judgment, 21 June 2011.

Marcxs v. Belgium, App. no. 6833/74, Judgment (plenary), 13 June 1979.

Mikulić v. Croatia, App. no. 53176/99, Judgment, 7 February 2002.

Niemitz v. Germany, App. no. 13710/88, Judgment, 16 December 1992.

Odièvre v. France, App. no. 42326/98, Judgment (Grand Chamber), 13 February 2003.

Oleksandr Volkov v. Ukraine, App. no. 21722/11, Judgment, 27 May 2013 (final).

Popa c. Roumanie, Requête no. 4233/09, Décision, 18 juin 2013.

Pretty v. United Kingdom, App. no. 2346/02, Judgment, 29 April 2002.

S.A.S. v France, App. no. 43835/11, Judgment (Grand Chamber), 1 July 2014.

Tiğ v. Turkey, Requête no. 8165/03, Décision, 24 mai 2005.

Prof. dr. sc. Mirela Župan

Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

OSOBNi STATUT U FUNKCIJI KONTINUITETA IDENTITETA FIZIČKIH OSOBA

1. Uvodne napomene

Kretanje pojedinca preko granice obilježava suvremena multikulturalna društva. Globalizacijski i migracijski tokovi promijenili su društveno prihvatljive obrasce življenja te su pojedinci češće međunarodno mobilni negoli statični unutar nacionalnih teritorija. Taj fenomen uzrokuje brojne pravne dileme, kako za osobu koja se kreće preko granice, tako i za pravne poretke koje ostavlja iza sebe ili u njih dolazi.

Sve države u segmentu statusnih prava svojih građana kroz pravnu regulativu žele zadržati prepoznatljivu pravnu povijest, ali i kulturne i vjerske modele svojstvene grupnom nacionalnom identitetu konkretne države. Posljedica toga jest da su između materijalnih propisa pojedinih država evidentne suštinske razlike koje dovode migrirajuće pojedince i obitelji u nezavidne situacije. Svaka osoba koja prelazi državnu granicu želi da njezin osobni status, kao što je činjenica rođenja, ime, brak/partnerstvo, roditeljstvo, smrt i drugo, bude priznat i u inozemstvu. Takvo se očekivanje opravdava razlozima osobne prirode i odnosi se na pravo svake osobe na osobni identitet, kojim potvrđuje pripadnost određenoj obitelji i zajednici.¹ Opravdano očekivanje kontinuiteta statusa proizlazi i iz činjenice da priznavanje osobnog statusa ima ključnu ulogu u ostvarivanju brojnih drugih prava, primjerice prava na boravak na području određene države, prava na slobodu kretanja, prava na obrazovanje, prava na zdravstvenu zaštitu, prava

¹ Ronen, Ya'le, 2004. Redefining the child's right to identity, *International Journal of Law Policy and the Family*, 2, 147–177.

na pristup javnim servisima i socijalnim programima, prava na spajanje obitelji, prava na zapošljavanje, prava djeteta na roditeljsku skrb, prava na sklapanje braka, odnosno usporedivih veza te na razvod braka, odnosno raskid veza, prava na stjecanje vlasništva, prava na nasljeđivanje i drugo.²

Nacionalni sustavi većinom reguliraju statusna pitanja svojim domaćim materijalnim pravom. Povijesno se takvo uređenje obično opravdavalo činjenicom da se radi o situacijama dominantno interne naravi te statusi predstavljaju i pripadnost osobe određenoj kulturi, odnosno državi.³ Takvo stajalište podupire i Institut za međunarodno pravo Rezolucijom nakon zasjedanja u Krakovu 2005.⁴ Uska veza statusa s državom u čije je matične knjige osoba upisana okidač je protekcionističkog pristupa država i pluralizma rješenja nacionalnih pravnih sustava. On se prelijeva i na dosege međunarodne unifikacije statusnih odnosa te rješenja nacionalnoga međunarodnog privatnog prava, o čemu se kasnije govori.

Statusi nastali po pravu jedne države u drugoj državi mogu, ali ne moraju proizvoditi učinke. Status pojedinca može biti različit u većem broju država, međusobni osobni odnosi članova obitelji mogu biti pravno neusklađeni, a pravna se nesigurnost može ogledati i u pitanju prava i obveza prema trećim osobama. Ako raspravu usmjerimo na bilo koje od konkretnih statusnih pitanja, promišljamo tipične situacije dodjele ili promjene statusa u inozemstvu koje ne priznaje matična država čije državljanstvo osoba nosi te u čije je matične knjige upisana. Posebni pravni izazovi javljaju se u osoba s dvojnim državljanstvom, koje u pravilu i dalje svaka država smatra isključivo svojim državljanima. Usklađivanje statusa, drugim riječima, jest kontinuitet i integritet osobnog identiteta (preko granice). Migracije nemaju samo regionalne razmjere, one su svjetski fenomen. Što su prostorne udaljenosti veće, to je izvjesnije da se osobni, kulturni i vjerski identitet razlikuje više, pa je usklađivanje statusa stečenih u dalekim državama još teže.⁵ Ako se status ne ujednači u obje države, u pravnom diskursu govorimo o „šepavim“

² Eliantonio, Mariolina; Brunello, Silvia; von Freyhold, Hanno, 2013. *Study for the JURI Committee, European Parliament, Life in cross-border situations in the EU A Comparative Study on Civil Status*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474395/IPOL-JURI_ET\(2013\)474395_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474395/IPOL-JURI_ET(2013)474395_EN.pdf)

³ an Den Eeckhout, Veerle, 2005. *The personal status of migrants: still a matter of private international law? - The dark side of the picture*, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/13853>, 1.

⁴ Institute de Droit international Resolution 'Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille' 25 August 2005, Rapporteur: Paul Lagarde, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_en.pdf

⁵ Rossolillo, Giulia, 2009. Personal Identity at a Crossroad between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law, *Yearbook of Private International Law*, 143-157.; Nishitani, Yuko, 2019. *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, *Recueil des cours*, 127-450.; Župan, Mirela, 2020. Utjecaj ljudskih prava na suvremeno međunarodno privatno pravo, u *Međunarodno privatno pravo – interakcija međunarodnih, europskih i domaćih propisa* (Barbić, Jakša; Sikirić, Hrvoje ur.), Zagreb: HAZU, 2020., 125-168.

statusnim odnosima. Nadalje se mogu javiti dvojbe oko identiteta u statusnim,⁶ ali i u drugim vrstama postupaka kojima je status prethodno pitanje (nasljedni, obiteljski i dr.). Štoviše, kretanje statusa preduvjet je za kretanje obitelji.⁷

Radom se smjera razlučiti pristup jedinstvenom prema nejedinstvenom personalnom statutu te postaviti tipične poveznice/kriterije osobnog statuta (državljanstvo, prebivalište te uobičajeno boravište) u kontekst kontinuiteta osobnog identiteta. Autor izlaže utemeljenje, povijesnu i suvremenu rasprostranjenost pojedine poveznice te polemizira o stvarnoj povezanosti i identitetu fizičke osobe koji se kroz njih odražava. Isto tako autor ukazuje na izmijenjene društvene okolnosti uslijed trenda pojačane migracije, s naglaskom na Europu. Odražom je tih društvenih kretanja u disciplini međunarodnog privatnog prava nastojanje oko smještanja brojnih pravnih pitanja osobnih stanja pojedinca u što adekvatniji pravni milje. U tom se smislu postupna fleksibilizacija sustava međunarodnog privatnog prava može povezati s vodećim antiesencijalističkim teorijama o identitetu te recentnom praksom Europskog suda za ljudska prava (ESLJP). Ti se modusi fleksibilizacije pojašnjavaju na primjerima iz međunarodno ujednačenog prava i prakse te osobito na primjeru novoga hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (dalje: ZMPP).⁸

2. Unifikacija i izvori prava prekograničnih statusnih odnosa

2.1. Globalna unifikacija

Unatoč nedvojbenoj potrebi za harmonizacijom prava, međunarodna je suradnja u području prekograničnih osobnih statusa relativno oskudna. Uska veza statusa s državom u čije je matične knjige osoba upisana okidač je protekcionističkog pristupa država i pluralizma rješenja nacionalnih pravnih sustava. On se prelijeva i na dosege međunarodne unifikacije statusnih odnosa. Na univerzalnoj razini Međunarodna komisija za građanska stanja radi na konvencijama čiji je cilj olakšavanje međunarodne suradnje u pitanjima osobnih statusa. Unatoč relativno velikom broju konvencija, njihovi su učinci zanemarivi zbog malog broja ugovornica. Republika Hrvatska od 8. srpnja 1992. ugovornica je konvencije donesene u okviru Međunarodne komisije za građanska stanja – Pariške konvencije o izdavanju određenih izvadaka iz matičnih knjiga namijenjenih inozemstvu iz 1956. godine (dalje: Pariška konvencija)⁹ te prateće Bečke konvencije o izdavanju

⁶ Vidi ovdje: Medić.

⁷ Vidi ovdje: Duić, Drventić.

⁸ Zakon o međunarodnom privatnom pravu, NN 101/17.

⁹ ICSS, Konvencija (br. 1) o izdavanju određenih izvadaka iz matičnih knjiga namijenjenih inozemstvu potpisana u Parizu 27. rujna 1956, SL SFRJ 9/1967, NN MU 6/1994.

izvadaka iz matičnih knjiga na više jezika iz 1976. godine.¹⁰ U okviru Haške konference za međunarodno privatno pravo nije usvojena nijedna jedinstvena konvencija koja bi se odnosila na statusna pitanja fizičkih osoba. Međutim statusne odnose dotiče regulativa određenih konvencija. Najstariji je primjer zasigurno Konvencija o priznanju razvoda iz 1970.,¹¹ Konvencija o sklapanju i priznavanju valjanosti brakova iz 1978.¹² te u novije vrijeme Haška konvencija o zaštiti ranjivih odraslih osoba.¹³ Nijedna od navedenih nije na snazi u Republici Hrvatskoj. Od haških konvencija koje u Hrvatskoj primjenjujemo za kretanje osobnih statusa, a time mogu biti relevantne i u kontekstu kontinuiteta identiteta, jest Konvencija o međudržavnom posvojenju¹⁴ te Konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava.¹⁵

Od globalno ujednačenog prava treba ukazati na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen u okviru Ujedinjenih naroda 1966.¹⁶ Iako se tim dokumentom dotiču određena statusna pitanja, to je učinjeno na sporadičan i općenit način. To je osobito tako za pitanja osobnoga imena koja se, osim navedenog, apostrofiraju i kroz članke 7. i 8. Konvencije o pravima djeteta (dalje: KPD).¹⁷ Dublji uvid u popratne dokumente otkriva da prilikom usvajanja KPD-a nisu smjerali na više doli na obvezu registracije imena radi identifikacije djeteta.¹⁸

2.2. Regionalna unifikacija

Korpus europskog međunarodnog privatnog prava čini niz uredbi, direktiva i međunarodnih ugovora¹⁹ te pripadajuća opsežna praksa Suda Europske unije.²⁰ Pravna stečevina Europske unije, uključivo s judikaturom Suda pravde Europske

¹⁰ ICCS, Konvencija (br. 16) o izdavanju izvadaka iz matičnih knjiga na više jezika potpisana u Beču 8. rujna 1976, SL SFRJ 8-26/1991, NN MU 6/1994.

¹¹ Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>.

¹² Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>.

¹³ Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>.

¹⁴ Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti djece i suradnji u vezi s međudržavnim posvojenjem, NN MU 5/2013.

¹⁵ Zakon o potvrđivanju Konvencije od 5. lipnja 1961. o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava, NN MU 11/2011. Više Zablud, Peter, 2020. The 1961 Apostille Convention - authenticating documents for international use, u: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law* (John, Thomas; Gulati, Rishi; Köhler, Ben ur.), Elgar Companions to International Organizations series, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020., 277–287.

¹⁶ UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., art. 24 (2), U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171.

¹⁷ Konvencija o pravima djeteta, SL L MU 15/90, NN MU 12/93, 20/97.

¹⁸ General Comment No. 17: Rights of the child (Art. 24), adopted 35th sess., Hum. Rts. Comm. (7 Apr. 1989).

¹⁹ Van Calster, Gert, 2016. *European Private International Law*, Bloomsbury Publishing.

²⁰ Jessel-Holst, Christa; Sikirić, Hrvoje; Bouček, Vilim; Babić, Davor, 2014. *Međunarodno privatno pravo - zbirka presuda Suda Europske unije*, Zagreb: Narodne novine.

unije,²¹ dio je pozitivnog prava Republike Hrvatske. U svom polju primjene one imaju prednost nad nacionalnim rješenjima, a novim ZMPP-om same su postale integralni dio nacionalnog propisa.

Europska unija ima vrlo ograničene ovlasti za donošenje zakonodavstva u pitanjima osobnog statusa, a istovremeno nije ugovornica nijedne od prethodno navedenih međunarodnih konvencija.²² Opća nadležnost Europske unije u području međunarodnog privatnog prava polučila je pravosudnu suradnju s efektom slobodnog kretanja javnih isprava kroz Uredbu 2016/1191 Europskog parlamenta i Vijeća od 6. srpnja 2016. o promicanju slobodnog kretanja građana pojednostavljenjem zahtjeva za predočavanje određenih javnih isprava u Europskoj uniji i o izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012. (dalje: Uredba o javnim ispravama).²³ Pravila o slobodnom kolanju javnih isprava relevantna za statusna pitanja obvezuju sve države članice od 16. veljače 2019. Recentna je inicijativa usmjerena novom instrumentu u pogledu reguliranja prekograničnih aspekata očinstva i majčinstva.²⁴ Valja naglasiti kako je Sud Europske unije utjecao na određena nacionalno regulirana statusna pitanja poput osobnog imena temeljeći takvu intervenciju na općim načelima prava Europske unije.²⁵ Danas bi se tomu uporište moglo naći i kroz Povelju Europske unije o temeljnim pravima.²⁶

Unifikacija u okviru Vijeća Europe može se reflektirati na statusne odnose kroz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja je uspostavljajući Europskog suda za ljudska prava postala jedan od najjačih međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava.²⁷ Od ostalih konvencija Vijeća Europe primjenjivih na statusna pitanja u Republici Hrvatskoj valja izdvojiti Europsku konvenciju o obavijestima o stranom pravu.²⁸

²¹ Uloga se pravne prakse u sustavu EU ne smije zanemariti, jer svaka odluka Suda EU kojom on tumači određenu normu postaje ujedno i sastavni dio norme koju se tumači. Mikelsone, Gimdega, 2013. The binding force of the case law of the Court of Justice of the European Union, *Jurisprudence*, 2, 469–495.

²² Župan, Mirela, 2019. Identity of a Child in Cross-border legal transit (Naming Law in Focus), *Yearbook Human Rights Protection Protection of the Right's of the Child "30 Years after the Adoption of the Convention on the Rights of the Child"*, Provincial Protector of Citizens – Ombudsman; Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade, Novi Sad, 545–567.

²³ OJ L 200, 26.7.2016. Schluß, Stefan, 2020. The EU Regulation on Public Documents A first step towards the abolition of the Apostille in the EU", *ERA Forum*, 117–128.; Vettorel, Arianna, 2017. EU Regulation No. 2016/1191 and the Circulation of Public Documents Between EU Member States and Third Countries, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 342–351.

²⁴ Regulation on the recognition of parenthood between Member States, Ref. Ares(2021)2519673 - 14/04/2021.

²⁵ Čl. 6. i čl. 21. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija) OJ C 202, 7.6.2016, p. 1–388.

²⁶ Povelja Europske unije o temeljnim pravima 2007/C 303/01, C 303/1.

²⁷ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda [1950] ETS br. 005., NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, vidi: čl. 8.

²⁸ Europska konvencija o obavijestima o stranom pravu [1985] ETS No.062, NN MU 13/13.

Regionalni multilateralni ugovori poput EKLJP-a, uključujući judikaturu Europskog suda za ljudska prava, bitno utječu na poimanje i interpretaciju suvremenog međunarodnog privatnog prava.²⁹ Nadalje, i globalno prihvaćena Konvencija o pravima djeteta zasigurno je smjernica na razini načela pravnog poretka. Upravo se uslijed njezine progresivne interpretacije i pitanja regulacije statusnih odnosa razvijaju, da bi krajem 80-ih došlo do razvoja koncepta dualističkog pristupa statusnim pravima: pravo na identifikaciju pojačano je pravom na identitet! U tom je smislu osobito važna uloga načela prava na privatnost³⁰ te načela obveze na očuvanje identiteta koja se Konvencijom o pravima djeteta izrijeком propisuje. Time je etablirano opće prihvaćanje osobnog identiteta kao jedne od ključnih vrijednosti međunarodnih ljudskih prava.³¹ Supstantivna prava čitana u kontekstu globalnih načela potvrđuju obvezu države da štiti, a po potrebi ponovno i uspostavi temeljne aspekte identiteta.³²

2.3. Nacionalni pravni okvir

Domaće zakonodavstvo relevantno za reguliranje prekograničnih statusnih odnosa prvenstveno čini Zakon o međunarodnom privatnom pravu te Zakon o legalizaciji isprava u međunarodnom prometu,³³ Zakon o državnim maticama,³⁴ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola³⁵ i Zakon o osobnom imenu.³⁶ Kada govorimo o definiranju osobnih stanja u hrvatskom zakonodavstvu, Zakon o državnim maticama koristi pojam „osobno stanje“ i pri tome spominje: rođenje, brak i smrt.³⁷ Ovdje se može dodati i registrirano partnerstvo, o čemu matičar vodi evidenciju sukladno Zakonu o registriranom partnerstvu osoba istog spola.³⁸ Zakon o međunarodnom privatnom pravu uređuje pitanja mjerodavnog prava i međunarodne nadležnosti za osobna stanja te propisuje pravila priznanja stranih odluka i stranih javnih isprava.

²⁹ Hirschboeck, Mark, 2019. Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law *Harvard International Law Journal*, 1, 181-199.

³⁰ Čl. 8. EKLJP-a, čl. 7. Povelje.

³¹ General Comment No. 11: Indigenous Children and Their Rights Under the Convention, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2009).

³² Doek, Jakob, 2006. Article 8 – The Right to Preservation of Identity; Article 9 – The Right Not to be Separated from His or Her Parents, u: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Liefwaard, Ton; Sloth-Nielsen, Julia ur.), Brill | Nijhoff, Leiden, 2006.

³³ Zakon o legalizaciji isprava u međunarodnom prometu, SL SFRJ 06/73, NN 53/91.

³⁴ Zakon o državnim maticama, NN 96/93, 76/13, 98/19.

³⁵ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN 92/14, 98/19.

³⁶ Zakon o osobnom imenu, NN 118/12, 70/17, 98/19.

³⁷ Zakon o državnim maticama, čl. 1.

³⁸ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, čl. 22. st. 4. – 6.

Usvajanjem novog ZMPP-a 29. siječnja 2019. prestaje primjena Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (ZRS) iz 1982. godine, koji je 1991. preuzela Republika Hrvatska.³⁹ ZMPP svojom upućujućom naravi i strukturom prije svega ukazuje na važne promjene koje su nastupile ulaskom Hrvatske u punopravno članstvo u Europskoj uniji. Ono što doista odlikuje ZMPP jesu nova autohtona rješenja koja slijede suvremene trendove u normiranju međunarodnog privatnog prava.⁴⁰ Upravo je područje osobnog statuta ona mala niša u kojoj je zadržana domena za autohtona rješenja. Iako ZMPP u nekim slučajevima zadržava konzervativniji pristup, načelno je svojom otvorenošću za moderna metodološka rješenja i poveznice učinio pozitivan pomak u kontekstu očuvanja kontinuiteta identiteta fizičke osobe.

2.3.1. Nadležnost i mjerodavno pravo za osobna stanja

Budući da su kolizijska pravila u Republici Hrvatskoj kogentne pravne naravi, ZMPP se ima primijeniti kao polazište reguliranja svih privatnopravnih situacija sa stranim elementom. Kolizijsko pravilo može uputiti na domaće ili strano pravo, a u smislu potonjega rješenje članka 8. ZMPP-a o primjeni stranog prava reflektira maksimu *iura novit curia*. Do primjene stranog prava u Hrvatskoj može doći tek u postupcima koji se provode pred našim nadležnim tijelima. ZMPP je svojim pravilima nadležnost za osobna stanja postavio vrlo široko kroz alternativno pravilo posebne nadležnosti: nadležna su hrvatska tijela ako osoba o čijem je osobnom stanju riječ ima u Hrvatskoj uobičajeno boravište ili ako je hrvatski državljanin.⁴¹ Nadležnost se u pravilu određuje za sljedeće postupke u vezi s osobnim stanjima: davanje dopuštenja za sklapanje braka; lišenje ili vraćanje poslovne sposobnosti; zasnivanje ili prestanak skrbništva; utvrđivanje ili osporavanje majčinstva ili očinstva; zasnivanje posvojenja te proglašenje nestale osobe umrlom.⁴² ZMPP definira uobičajeno boravište kao mjesto u kojemu fizička osoba pretežno živi bez obzira na to je li njezin boravak ili nastanjenje u tom mjestu registriran ili dozvoljen. Tijelo primjene taj će faktični kriterij procjenjivati uzimajući u obzir okolnosti osobne ili poslovne prirode koje ukazuju na trajne veze osobe s tim mjestom

³⁹ NN 53/1991.

⁴⁰ Sikirić, Hrvoje, 2018. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Tradicionalno XXXIII. Savjetovanje - Aktualnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, *Godišnjak* 25., *Organizator*, 1-140.; Župan, Mirela, 2018. Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Hrvatska pravna revija*, 2, 1-12.; Kunda, Ivana, 2020. Upućivanje na propise EU u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu, u *Međunarodno privatno pravo - interakcija međunarodnih, europskih i domaćih propisa* (Barbić, Jakša; Sikirić, Hrvoje ur.), Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020., 21-48.

⁴¹ ZMPP, čl. 47.

⁴² ZMPP, čl. 47. st. 2.

ili njezinu namjeru da takve veze uspostavi. Statusni postupci koji bi također mogli doći u obzir jesu oni vezani za bračno stanje. Nadležnost za pitanja razvoda braka određuje se prema Uredbi 2201/2003, čiji je domašaj proširen i na pitanja prekida izvanbračne zajednice i životnog partnerstva.⁴³ Valja naglasiti da ćemo u kontekstu uredbe taj pojam morati tumačiti euroautonomno, ali u svakom slučaju to je činjenični koncept koji ne podrazumijeva dugo trajanje boravka ili pak postojanje prijave boravka.⁴⁴ Naša bi tijela mogla provoditi i statusne postupke u predmetima utvrđivanja ili osporavanja majčinstva ili očinstva jer ZMPP predviđa, između ostalih nadležnosti, i onu po kojoj je naše tijelo nadležno ako barem jedna stranka ima u Hrvatskoj uobičajeno boravište.⁴⁵ Izjavu o priznanju očinstva ili majčinstva moguće je učiniti pred hrvatskim stvarno nadležnim tijelom, uz ostalo, i ako dijete ili osoba koja daje izjavu ima uobičajeno boravište u Republici Hrvatskoj, odnosno ako je dijete tu rođeno.

Nadalje, u postupcima zasnivanja ili prestanka posvojenja, sud ili drugo tijelo Republike Hrvatske može biti nadležno, uz ostalo, ako posvojenik ili posvojitelj ima u Hrvatskoj uobičajeno boravište.⁴⁶ Hrvatski sud nadalje je nadležan za provedbu izvanparničnog postupka ako osoba prema kojoj je podnesen zahtjev ima prebivalište ili uobičajeno boravište u Hrvatskoj, dok u slučaju da u postupku sudjeluje samo jedna osoba naš sud ima nadležnost ako ta osoba ima prebivalište ili uobičajeno boravište u Hrvatskoj.⁴⁷ Nedvojbeno vrlo važna novina hrvatskog ZMPP-a koja bi mogla imati ulogu i kod statusnih postupaka jest kriterij nužne nadležnosti. Zakonodavac predviđa kako bi u odnosu na tuženika koji ima prebivalište u državi koja nije članica Europske unije, a postupak se ne može voditi u inozemstvu ili je to nerazumno očekivati, hrvatski sud bio nadležan ako je predmet postupka dovoljno povezan s Hrvatskom da bi bilo svrsishodno voditi ga u Hrvatskoj.⁴⁸ Iako je u literaturi uvriježeno usko tumačenje nadležnosti po nužnom forumu, odredbu valja čitati u kontekstu zaštite temeljnih prava, pa osobito i prava na pristup pravdi. Naša će tijela biti nadležna za postupke izricanja privremenih mjera, mjera osiguranja i ovrhe u svim situacijama u kojima se osobe ili imovina na koje se mjere odnose nalaze u Republici Hrvatskoj.⁴⁹

U svim tim postupcima nadležna tijela utvrđuju kolizijska pravila i mjerodavno pravo. Mjerodavno pravo za statusne stvari u pravilu je uređeno kroz ZMPP te je doseg unificiranog prava u tim pitanjima u nas zanemariv. Odabir poveznice

⁴³ ZMPP, čl. 48.

⁴⁴ Župan, Mirela, 2016. Europski prekogranični obiteljski postupci, u *Procesno-pravni aspekti prava EU* (Petrašević, Tunjica; Vuletić, Igor ur.), Osijek: Pravni fakultet Osijek, 2016., 125-167.

⁴⁵ ZMPP, čl. 51.

⁴⁶ ZMPP, čl. 52.

⁴⁷ ZMPP, čl. 56.

⁴⁸ ZMPP, čl. 58.

⁴⁹ ZMPP, čl. 57.

rezultat je težnje zakonodavca za postizanjem materijalne, odnosno kolizijske pravičnosti, te zakonodavac pritom nije ograničen u njezinu izboru. ESLJP u predmetu *Ammdjadi protiv Njemačke*⁵⁰ promišlja o pitanju može li se primjena poveznice državljanstva kod obiteljskih i osobnih odnosa članova obitelji različitog državljanstva ali zajedničkog prebivališta ili boravišta smatrati diskriminacijom iz članka 14. EKLJP-a.⁵¹ Naime, u konkretnom je slučaju prilikom razvoda braka iranskih supružnika primijenjeno pravo njihova zajedničkog državljanstva. Takvo kolizijsko pravilo upućuje na primjenu iranskoga materijalnog prava koje uskraćuje pravo na mirovinu, na koju bi po njemačkom pravu (zajedničkog prebivališta bračnih drugova) supruga imala pravo. Odabirom poveznice prebivališta i boravišta u obiteljskim stvarima doista se upućuje na najbliže pravo, drži ESLJP, ali ni uporaba poveznice državljanstva nije bez „objektivnog i razumnog opravdanja“. Štoviše, stranačka autonomija omogućavala je bračnim drugovima izbor njemačkog prava javnobilježničkom ispravom, ali tu mogućnost stranke nisu iskoristile. Obrazloženje te odluke sugerira kako u načelu sam odabir objektivne poveznice ne bi trebao biti sporan s aspekta diskriminacije.

Odredbe o mjerodavnom pravu za konkretne statusne postupke baziraju se na poveznicama državljanstva te uobičajenog boravišta. U pogledu poslovne sposobnosti fizičke osobe slijedom upute iz članka 14. ZMPP-a mjerodavno je pravo državljanstva osobe čija je poslovna sposobnost u pitanju. Ako bi provodio postupak lišenja, odnosno vraćanja poslovne sposobnosti slijedom činjenice da osoba u Hrvatskoj ima uobičajeno boravište, isti kriterij nadležnosti i mjerodavnog prava dovodi do primjene domaćega prava te otklanja potrebu utvrđivanja stranog prava. Privremene mjere zaštite pojedinih osobnih i imovinskih prava štićenika također se provode po našem pravu.⁵² U slučaju da se pokrene postupak za proglašenje nestale osobe umrlom, ZMPP će uputom na pravo posljednjeg poznatog državljanstva osobe često inicirati i postupak utvrđivanja stranog prava.⁵³

Ako strankinja rodi na području Hrvatske, Zakon o državnim maticama propisuje obvezu unosa činjenice o rođenju djeteta u matice. Pritom će matičar prosuđivati po pravu državljanstva djeteta model osobnog imena, s tim da bi zakonski zastupnici mogli pred matičnim uredom odrediti osobno ime djeteta po pravu države čiji je državljanin jedan od njih ili, ako barem jedan od njih ima uobičajeno boravište u Hrvatskoj, po hrvatskom pravu. U slučaju da se određuje ime primjenom prava državljanstva, ponovno se primjenjuje strano pravo.⁵⁴

⁵⁰ *Ammdjadi protiv Njemačke*, Zahtjev br. 51625/08, od 9.3.2010.

⁵¹ Bouček, Vilim, 2004. Utjecaj ljudskih prava kao specifične sastavnice europskog prava na međunarodno privatno pravo, *Hrvatska pravna revija*, 12, 69.

⁵² ZMPP, čl. 16.

⁵³ ZMPP, čl. 17.

⁵⁴ ZMPP, čl. 18.

Naša bi se nadležna tijela mogla naći u situaciji u kojoj stranac/stranci žele sklopiti brak ili traže dozvolu za sklapanje braka na području Hrvatske. Brak će u Hrvatskoj moći sklopiti svaka osoba koja po pravu svoga državljanstva nema bračnih smetnji, što je dužan utvrditi matičar.⁵⁵ Ipak, primjenu toga prava treba otkloniti ako bi njezini učinci kršili naš javni poredak.⁵⁶ Jednako tako, primjenom odredbe o pravilima neposredne primjene iz članka 13. ZMPP-a, sud može primijeniti odredbu hrvatskog prava koja se smatra toliko važnom za zaštitu hrvatskog javnog interesa, poput političkog, društvenog i gospodarskog ustroja, da se primjenjuje na sve situacije koje ulaze u njezino polje primjene, bez obzira na pravo koje je mjerodavno. Do toga može doći primjerice ako domovinsko pravo tolerira poligamiju, maloljetnički ili srodnički brak, ali ostaje prijepor oko priznanja takvog bračnog statusa stečenog u inozemstvu. Priznanje bračnog statusa bit će uvjet za priznanje određenih prava Europske unije na spajanje obitelji.⁵⁷ U kontekstu bračnog statusa osoba u međunarodnoj je zajednici migrantska kriza izazvala polemiku u pitanju maloljetničkog, pa i fiktivnog ili dogovorenog braka.⁵⁸ Ako bi maloljetna osoba u Hrvatskoj željela stupiti u brak, izvjesno je da bi se na nju primijenio domaći standard koji ublažava pretpostavku za sklapanje braka punoljetnih osoba.⁵⁹ Sud može u izvanparničnom postupku dopustiti sklapanje braka osobi koja je navršila šesnaest godina života ako utvrdi da je mentalno i tjelesno zrela za brak, da za zaključenje braka postoji opravdan razlog te da je sklapanje braka u skladu s dobrobiti te osobe.

2.3.2. Primjena stranog prava

Zakon o međunarodnom privatnom pravu čvrsto stoji na stajalištu da se strano pravo tretira pravom, te članak 8. ZMPP-a u tom smislu nalaže obvezu tijela primjene da *ex officio* utvrdi sadržaj i primijeni strano pravo kako to čine tijela u državi.⁶⁰ Tijelima primjene kod saznavanja stranog prava pomažu i druga tijela

⁵⁵ Obiteljski zakon, čl. 15.

⁵⁶ Čl. 12. Ne primjenjuju se pravila prava strane države mjerodavnog prema odredbama ovoga Zakona ako bi učinak njihove primjene bio očito protivan javnom poretku Republike Hrvatske.

⁵⁷ Büchler, Andrea, 2012. Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law, *International Journal of Law in Context*, 196-210.

⁵⁸ Ravnopravnost spolova i borbu protiv maloljetničkog braka međunarodna zajednica postavila je kao jedan od svojih prioriteta Rezolucijom UN-a „Promijenimo naš svijet“ iz 2015. Goal no. 5., Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015 “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”, https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Ovo je ujedno i jedan od prioriteta vanjskog djelovanja EU, više vidi: „Children’s rights and the UN SDGs A priority for EU external action“, European Parliament, 2019.

⁵⁹ Obiteljski zakon, čl. 25.

⁶⁰ Župan, Mirela, 2017. Foreign law before Croatian authorities – at the cross-roads?, u *Treatment of Foreign*

(ministarstvo za poslove pravosuđa koje zamolnicama pribavlja strano pravo) ili same stranke. Spoznatljivost stranog prava olakšava Europska konvencija o obavijestima o stranom pravu, čija je ugovornica i Hrvatska od 2013. godine. Nadalje, iako ih ZMPP ne navodi, tijela primjene mogu se služiti i modelima formalne i neformalne sudačke komunikacije razvijene u okviru Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima⁶¹, odnosno Međunarodne haške sudačke mreže.⁶² U praksi se nameće pitanje troška prijevoda sadržaja stranog prava koje pribavi Ministarstvo, ili ga dostave stranke, odnosno forme i snage strane javne isprave.⁶³ U slučaju nemogućnosti saznavanja stranog prava ZMPP predviđa primjenu domaćeg prava. Ona olakšava provedbu drugih međunarodno preuzetih obveza, poglavito u spektru zaštite temeljnih ljudskih prava. Naime Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu u prekograničnim je sporovima izricao povredu prava na suđenje u razumnom roku uslijed dugotrajnih postupaka u kojima je proces pribavljanja stranog prava doveo do nerazumnog odugovlačenja postupka.⁶⁴ Tijela primjene mogla bi se susretati s tom problematikom u provedbi statusnih postupaka u kojima je ZMPP zadržao poveznicu državljanstva. Naprotiv, u onih u kojima je spajao smisleno mjerodavno pravo i nadležnost kroz poveznicu uobičajenog boravišta ZMPP je zapravo osigurao primjenu *lex fori*.⁶⁵

2.3.3. Priznanje stranih osobnih i obiteljskih statusa u Republici Hrvatskoj

Ranije navedena pravna pitanja o kojima se govorilo u kontekstu provedbe postupka i primjene prava u Republici Hrvatskoj mogu se pojaviti pred našim tijelima i u kontekstu zahtjeva za priznanje statusa stečenog u inozemstvu. Osobni ili obiteljski status stečen u trećoj državi može biti presudan za ostvarivanje drugih prava iz osobnih i obiteljskih odnosa. Tako se pitanje osobnog statuta može postaviti kao prethodno pitanje u građanskom postupku koji se vodi u povodu

Law – Dynamics towards Convergence? (Nishitani, Yuko ur.), Cham: Springer, 2017., 93-111.

⁶¹ Odluka Vijeća od 28. svibnja 2001. o uspostavi Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima (2001/470/EZ) ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2001/470/2011-01-01>.

⁶² Mreža broji preko 100 sudaca iz 73 države. International Hague Network of Judges <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=426>.

⁶³ Vidi Konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava od 5. listopada 1961. (SL FNRJ 10/62; NN MU 4/94), Zakon o legalizaciji isprava u međunarodnom prometu (SL SFRJ 6/73; NN 53/91); ZPP čl. 231.

⁶⁴ Hazelhorst, Monique, 2017. *Free Movement of Civil Judgements in the European Union and the Right to a Fair Trial*, Springer.

⁶⁵ O prednostima ovog pristupa vidi Anatol Dutta, Domicile, habitual residence and establishment, u *Encyclopedia of Private International Law* (Jurgen Basedow i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 559.

primjerice nasljeđivanja ili u upravnom⁶⁶ postupku koji se provodi sukladno propisima migracijskog prava. S aspekta međunarodnog privatnog prava, ta su pitanja dvojake naravi. S jedne strane odnose se na priznavanje ili utvrđivanje elementa osobnog statusa, a s druge na dokazivanje takvog elementa javnim ispravama ili odlukama nadležnih tijela.⁶⁷

Kada govorimo o priznavanju ili utvrđivanju elemenata osobnog statusa, mislimo na potrebu predočavanja javne isprave koje mogu posvjedočiti osobnom statusu i statusu članova obitelji. Pitanje treba promotriti s aspekta Europske unije te trećih država. U Republici Hrvatskoj, kao i u ostatku Europske unije, Uredba o javnim ispravama predviđa izuzeće od potrebe legalizacije i pribavljanja apostila te pojednostavnjuje prijevod i ovjerene preslike u pogledu *inter alia* javnih isprava koje su izdala tijela države članice u skladu s njezinim nacionalnim pravom, a čija je svrha utvrditi neku od činjenica kao što su rođenje, činjenicu da je osoba živa, smrt, ime, sklapanje braka (ali i sposobnost za sklapanje braka i bračno stanje), razvod, zakonsku rastavu ili poništenje braka, registrirano partnerstvo (uključujući sposobnost za sklapanje registriranog partnerstva i status registriranog partnerstva), razvrgnuće registriranog partnerstva, zakonsku rastavu ili poništenje registriranog partnerstva, roditeljstvo, posvojenje, prebivalište i/ili boravište ili državljanstvo. Uredba uspostavlja središnja tijela radi provjere vjerodostojnosti uključujući i komunikaciju putem Informacijskog sustava unutarnjeg tržišta.⁶⁸ Uredba o javnim ispravama ne primjenjuje se pak na javne isprave koje potječu iz trećih država. Ipak, pitanje koje se otvara jest učinak javnih isprava koje su donesene u jednoj državi članici a odnose se na status državljana trećih država.⁶⁹ Uredba ne razlikuje isprave koje je nadležno tijelo države članice donijelo u odnosu na državljane Europske unije ili trećih država, stoga se da zaključiti da i takve javne isprave, makar privremene naravi, trebaju imati isti učinak kao i ostale javne isprave.⁷⁰

U odnosu na inozemne javne isprave iz trećih država relevantne bi bile konvencije donesene u okviru Međunarodne komisije za građanski status, osobito Pariška konvencija.⁷¹ S nizom država relevantni mogu biti bilateralni režimi dvostranih ugovora o pravnoj pomoći u građanskim stvarima. U slučaju Turske

⁶⁶ Zakon o općem upravnom postupku, NN 47/09, čl. 55. st. 2.

⁶⁷ Kunda, Utjecaj međunarodnoprivatnopravnih rješenja, 77.

⁶⁸ Schlauß, The EU Regulation on Public Documents, 117–128.

⁶⁹ Vettorel, EU Regulation No. 2016/1191, 342–351.

⁷⁰ Kunda, Utjecaj međunarodnoprivatnopravnih rješenja, 80.

⁷¹ Corneloup, Sabine et al. 2017. *Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential*, Study for the JURI Committee, European Parliament, 13.

bilateralni sporazum iz 1999.⁷² ukida potrebu za primjenom Pariške konvencije. Naprotiv, u odnosu na druge države sklopljeni dvostrani ugovori tu potrebu ne uklanjaju u potpunosti, primjerice u odnosu na Bosnu i Hercegovinu,⁷³ Sjevernu Makedoniju⁷⁴ te Srbiju i Crnu Goru.⁷⁵

Strane javne isprave podrijetlom iz treće države mogu se koristiti u Hrvatskoj i na temelju odredbi Haške konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava, i to ako je država iz koje potječe javna isprava stranka te Konvencije te ako je pribavljena potvrda (apostil) njezina nadležna tijela.⁷⁶

Kada je riječ o ispravama koje nisu podrijetlom iz države ugovornice Konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava, u Hrvatskoj će se primijeniti Zakon o legalizaciji isprava u međunarodnom prometu. On propisuje potrebu da javne isprave izdane u inozemstvu ovjeri hrvatsko nadležno tijelo ili diplomatsko ili konzularno predstavništvo Hrvatske u inozemstvu ako to proizlazi na temelju uzajamnosti. Ovjera hrvatskog tijela bila bi potrebna samo ako je hrvatskim javnim ispravama potrebna ovjera u državi podrijetla strane javne isprave, u suprotnom je moguće koristiti stranu javnu ispravu bez ovjere. Sama činjenica korištenja strane javne isprave ipak ne jamči i priznavanje osobnog statusa, javna isprava samo je dokaz o činjenici.⁷⁷

U pogledu priznanja osobnog statusa stečenog u drugoj državi posvjedočenog stranom javnom ispravom u međunarodnom privatnom pravu razlikujemo nekoliko temeljnih pristupa za priznavanje: pristup mjerodavnog prava, pristup priznanja te pristup koji kombinira ta dva pristupa.⁷⁸ U odnosu na pristup mjerodavnog prava,⁷⁹ pristup priznanja suvremeno je zastupljeniji odgovor na moderna globalna kretanja. Pristupom priznanja država priznaje element osobnog

⁷² Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Turske o pravnoj pomoći u građanskim i trgovačkim stvarima, NN MU 15/2000.

⁷³ Sporazum između Vlade Republike Hrvatske, Vlade Bosne i Hercegovine i Vlade Federacije Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, NN MU 12/1996.

⁷⁴ Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, NN MU 6/1998.

⁷⁵ Ugovor između Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, SL FNRJ MU 10/1962, NN MU 4/1994.

⁷⁶ Vidi: Zabłud, *The 1961 Apostille Convention*, 277–287.

⁷⁷ Kunda, Utjecaj međunarodnoprivatnopravnih rješenja, 83.

⁷⁸ Vidi: Coester-Waltjen, Daagmar, 2017. *Recognition of legal status evidenced by documents*, u *Encyclopedia of Private International Law* (Basedow, Jürgen i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1504.; Van Loon, Hans, 1996. *Unification and Cooperation in the Field of International Family Law: A Perspective from the Hague*, u: *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A.L. Droz* (Boras, Alegria i dr. ur.), The Hague/Boston/London: Wolters Kluwer, 173–190.

⁷⁹ Pristup mjerodavnog prava bio je prihvaćen kod nas kroz odredbe čl. 93. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN 53/91, 88/01.

statusa stečenog u inozemstvu bez da pri tome primjenom svog mjerodavnog prava preispituje rezultat ili ga mijenja. ZMPP danas smješta i hrvatski sustav u taj krug rješenja. Ne samo da kroz glavu Zakona o priznanju ne propisuje kontrolu mjerodavnog prava, to ne čini ni kroz pravilo članka 32. stavka 1. kojim propisuje kako se brak sklopljen u stranoj državi priznaje ako je sklopljen u skladu s pravom te države (*lex loci celebrationis*). Iz odredbe je očito kako se zakonodavac odlučuje za pristup priznanja, jer iz nje proizlazi kako hrvatsko nadležno tijelo treba provjeriti i ispunjenost pretpostavki. Polazi se od činjenice kako nijedna država ne bi izdala potvrdu o sklopljenom braku ako je on suprotan njezinim propisima.⁸⁰ U svom drugom stavku navodi posebnu situaciju prilagođavanja ako je brak sklopljen u stranoj državi između osoba istog spola jer se tada ne priznaje kao brak već kao životno partnerstvo, ali pod pretpostavkom da je valjan u skladu s pravom države u kojoj je sklopljen. Sukladno toj odredbi, nadležno tijelo kojem je predložena javna isprava treba priznati brak te smatrati da je, dok se ne dokaže suprotno, taj brak sklopljen sukladno pravu te strane države. Ako bi se valjanost braka dovodila u pitanje, stranka koja se protivi priznanju trebala bi pokrenuti bračni spor pred nadležnim sudom koji će odlučiti primjenom mjerodavnog prava. Razlog nepriznanja može biti i povreda hrvatskog javnog poretka. Člankom 12. ZMPP-a propisuje se kako se ne primjenjuju pravila prava strane države mjerodavnog prema odredbama ZMPP-a ako bi učinak njihove primjene bio očito protivan hrvatskom javnom poretku. Kod statusnih odnosa pitanja javnog poretka često se odnose na prisilne ili maloljetničke brakove. To je osobito tako kada su u pitanju brakovi sklopljeni u kontekstu migrantske krize.⁸¹ S aspekta politike useljavanja i azila, odbijanje priznanja maloljetničkog braka u državi članici Europske unije može utjecati na pravne posljedice za dijete koje je u pitanju. Ono može utjecati na ostvarivanje prava vezanih uz spajanje obitelji, ishođenje viza ili dozvola boravka, dublinskog transfera. Osjetljivost situacije proizlazi iz dva suprotstavljena aspekta maloljetničkih brakova.⁸² Prvi proizlazi iz pretpostavke da brak nije sklopljen prisilno. U time slučajevima odbijanje priznanja može dovesti do razdvajanja obitelji, nemogućnosti ostvarivanja prava na nasljedstvo ili pak, u slučaju trudnoće ili postojanja djece, takvo nepriznanje dovodi i do posljedica za dijete.⁸³ Drugi aspekt proizlazi iz činjenice da je vrlo moguće i da je dijete u brak

⁸⁰ Kunda, Utjecaj međunarodnoprivatnopravnih rješenja, 86.

⁸¹ Vidi predmete: Sud EU-a ECLI:EU:C:2014:2092, C-338/13, *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*, 17. srpnja 2014.; Z.H. i R.H. protiv Švicarske, Zahtjev br. 60119/12, 8. prosinca 2015.

⁸² Vidi: Lambert, Göran, 2016. *Child Marriages and the Law - with Special Reference to Swedish Developments*, u: *The Child's Interests in Conflict. The Child's Interests in Conflict Addresses the Conflicting Demands on Children from Minority Groups or Children Born to Parents of Different Cultural or Faith Backgrounds* (Jänterä-Jareborg, Maarit ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 85-110.

⁸³ Vidi: Bogdan, Michael, 2019. *Some Critical Comments on the new Swedish Rules on Non-Recognition of Foreign Child Marriages*, *Journal of Private International Law*, 2, 247-256.

stupilo prisilno, da je u njemu nesretno, moguće viktimizirano ili u potrebi za hitnom zaštitom.⁸⁴ Ravnotežu između tih suprotstavljenih aspekata treba u svakom pojedinačnom slučaju tražiti vodeći se načelom najboljeg interesa djeteta.

Rastući broj maloljetničkih brakova, uslijed migrantske krize, u nekim je europskim državama utjecao na promjene i postrožavanje zakonodavstva.⁸⁵ Pitanje priznanja maloljetničkih brakova još nije bilo predmet postupanja hrvatskih nadležnih tijela. U takvim situacijama ona će biti obvezana praksom Europskog suda za ljudska prava⁸⁶ te praksom Suda Europske unije,⁸⁷ koji u takvim situacijama naglašavaju pronalazak ravnoteže, ali ipak težište stavljaju na interes države da kontrolira svoje migracije.⁸⁸ Odluke Suda Europske unije u predmetima vezanim za priznavanje osobnog statusa radi ostvarenja drugih statusa mogu nam također biti relevantne. U predmetu *Coman*⁸⁹ sud zaključuje da je, unatoč pravu svake države članice da samostalno regulira hoće li dopustiti sklapanje istospolnih brakova, ona obvezna priznati učinke istospolnog braka koji je sklopljen u drugoj državi članici u skladu s njezinim pravom, u mjeri u kojoj je to potrebno radi ostvarivanja prava koja supružnici imaju na temelju propisa Europske unije. Sud Europske unije još nije dobio priliku odlučivati o povezanim te statusnim pravima djece iz obitelji istospolnih parova.⁹⁰ U predmetu *SM* Sud Europske unije suočava se s pitanjem instituta kafale, gdje, u odnosu na pojmove iz Direktive o spajanju obitelji, tumači kako se dijete pod skrbničkim režimom kafale ne može smatrati „izravnim potomkom“ kao biološko dijete ili posvojče, ali se može smatrati „drugim članom obitelji“.⁹¹ Sud Europske unije iz popisa članova obitelji koji uživaju slobodu kretanja izuzeo je *maquila* iz ekonomskih razloga.

Valja ukazati na činjenicu da se, osim sustavom međunarodnog privatnog prava, i kroz međunarodna pravila o zaštiti izbjeglica nastoji osigurati kontinuitet osobnog statusa. Kada je riječ o izbjeglicama, člankom 12. stavkom 2. Konvencije o

⁸⁴ De Vido, Sara, 2019. Against a Girl's Will: Child Marriages, Immigration and the Directive on Family Reunification", u: *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families* (Bergamini, Elisabetta; Ragni, Chiara ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 121-125.

⁸⁵ Vidi za Švedsku: Bodan, Some Critical Comments, 247-256.; Njemacku: Rath, Christian, 2019. Underage, married, separated. A German law abolishes child marriages in general - not always in the interest of those affected *Max-Planck-Gesellschaft*. <https://www.mpg.de/12797223/childmarriage-legislation-germany>.

⁸⁶ Z.H. i R.H. protiv Švicarske, Zahtjev br. 60119/12, 8. prosinca 2015.

⁸⁷ Sud EU-a, ECLI:EU:C:2014:2092, C-338/13, *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*, 17. srpnja 2014.

⁸⁸ Z.H. i R.H. protiv Švicarske, para. 46.

⁸⁹ Sud EU-a, ECLI:EU:C:2018:385, C-673/16, *Coman i drugi*, 5. lipnja 2018; Waaldijk, Kees, 2020. What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries, u: vol 24. *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe. European Studies of Population* (Digoix, Marie ur.), Open Springer, 11-44.

⁹⁰ Tryfonidou, Alina, 2019. EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families: Children of a Lesser God?, *Yearbook of European Law* 38, 220-266.

⁹¹ Sud EU-a, ECLI:EU:C:2019:248, C-129/18, *SM*, 26. ožujka 2019.

statusu izbjeglica propisuje se: „Država ugovornica priznat će prava koja je izbjeglica prethodno stekla i koja proistječu iz njenog osobnog statusa, posebice prava vezana za brak. Ta će prava, ako je to potrebno, biti usklađena sa zakonodavstvom države ugovornice, ali samo u slučaju kada bi ona bila priznata i da osoba nije postala izbjeglica.“ Iz te odredbe proizlazi kako je riječ o utjelovljenju načela stečenih prava⁹² te kako se pristup toj odredbi treba označiti kao priznanje, bez primjene kolizijskih pravila, uz pridržaj klauzule javnog poretka.⁹³

3. Identitet u kontekstu međunarodnoprivatnopravne regulative

3.1. Osobni identitet

Osobni identitet znači istovjetnost osobe na temelju posebnih obilježja koja je izdvajaju od ostalih osoba (dob, spol, bračni status, uzrast, fizička obilježja). Osobni identitet utvrđuje se javnim ispravama.⁹⁴ Pravo na osobni identitet pravo je svake osobe da bude ono što jest; svaka osoba ima pravo da je se ne predložuje drukčijom nego što jest, bez obzira na to prikazuju li se neka njezina svojstva koja uistinu nema ili je se prikazuje bez svojstava koja uistinu ima. To je pravo u Republici Hrvatskoj zajamčeno Ustavom koji navodi da je osobnost nepovrediva.⁹⁵ Svaki zakonodavac kroz ustavnopravne propise postavlja temelj društvenih vrijednosti u okviru kojega će se provoditi uravnoteživanje individualnih i kolektivnih vrijednosti u situacijama sa stranim elementom. Ustavom postavljene temeljne vrijednosti proizlaze iz domaćeg i međunarodnog pravnog poretka koji je država prihvatila. Upravo su temeljna ljudska prava koja proizlaze iz međunarodnih sporazuma nadopunjena evoluirajućom interpretacijom ESLJP-ovih⁹⁶ okosnica uravnoteživanja osobnih i kolektivnih interesa u reguliranju osobnog statusa u situaciji sa stranim elementom. Međunarodno prihvaćene obveze utemeljene na zajedničkim vrijednostima stvaraju minimum standarda koji država mora poštovati, čime se automatski smanjuje manevarski prostor za nesustavnost u reguliranju statusa fizičkih osoba.⁹⁷ Dakle konkretnim pravilima međunarodnog privatnog prava o statusu fizičke osobe mjerimo spremnost države na prihvatanje standarda na koje se obvezala kroz međunarodne ugovore.

⁹² Verhellen, Jinske, 2017. Cross-Border Portability of Refugees' Personal Status, *Journal of Refugee Studies*, 4, 427-443.

⁹³ Hathway, C. James, 2005. *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: University Press, 224.

⁹⁴ Pravni leksikon, 2007. Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 429.

⁹⁵ Čovjekova je sloboda i osobnost nepovrediva., čl. 22. Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10; Pravni leksikon, 1222.

⁹⁶ Praksa ESLJP jednako se prelijeva na tuzemne i međunarodno obilježene situacije, vidi Lulić, Muhvić ovdje.

⁹⁷ Büchler, Andrea, 2000. *La famille en droit international privé*, 183 Recueil des Cours, 98.

3.2. Status fizičke osobe

Pojam statusa fizičke osobe odnosi se na temeljni pravni položaj osobe u društvu.⁹⁸ Zajedničko svim statusnim odnosima jest to da je takav odnos neposredno povezan s osobom – drugim riječima, najosobnije je prirode. Zasnivanje i prestanak statusa mogu počivati na pravnom poslu, uslijediti na temelju konstitutivnog akta ili neposredno proizaći iz zakona. Status osobe ima široko i bogato značenje.⁹⁹

Svaki je statusni odnos utemeljen na propisu određene države, koja je njime izrazila javnu vlast, stoga se status osobe mora promatrati iz vizure pravnog poretka države koja mu je isti podijelila. Pravno reguliran i priznati status determinira identitet pojedinca te mu osigurava društvenu vidljivost i pravnu zaštitu. Kolektivni je interes prihvaćenim osobnim statusima pojedinaca jamčiti pravnu sigurnost. Pravo na ostvarenje identiteta pojedinca može se mjeriti jedino u odnosu na one pravne poretke koji taj pravni status podjeljuju ili priznaju. Dvojaka narav statusnih odnosa (pojedinačna i kolektivna) iziskuje uravnoteživanje različitih, često i suprotstavljenih vrijednosti i politika – onih koje štite prava pojedinca prema onima usmjerenima zaštititi javnog interesa. Balans tih vrijednosti izazov je za svaki pravni poredak. Još je veći izazov pokušamo li problematiku sagledati iz perspektive međunarodnog privatnog prava – discipline koja koordinira privatnopravni sukob zakona smjerajući osigurati kontinuitet pravnog režima za određenu osobu.

3.3. „Šepavi“ statusni odnos

Kruto poimanje osobnog statuta u međunarodnom privatnom pravu može dovesti pojedinca u nezavidan položaj. „Šepavi“ statusni odnos znači da je status drukčije protumačen u dvjema različitim državama: u jednoj državi postoji, u drugoj ne / djelomično postoji. Statusno djelovanje procjenjuje se prema različitim pravnim porecima te tako taj odnos postaje „šepav“. Statusno djelovanje ili statusni učinak treba razgraničiti od samog statusnog odnosa. „Šepavo“ statusno djelovanje znači da postojeći i priznati status u različitim državama za sobom povlači različita prava i obveze. Osoba s promjenom prebivališta ili boravišta zadržava svoj status, no ima drukčija prava i obveze. Postoji li status, jedno je pitanje, a koja su prava i obveze s njime povezane, drugo. Ako prepoznamo razliku, vidimo

⁹⁸ Duta, Anatol, Personal status, u *Encyclopedia of Private International Law* (Jurgen Basedow i dr. ur.) Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1346.

⁹⁹ Sommer, Erick, 2009. *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern*, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 34-36.

da gubitak statusnih prava nije nužno povezan s nepriznavanjem određenog statusa osobi nego može biti i posljedica „šepavog“ pravnog djelovanja, prouzročene promjenom statuta.¹⁰⁰ Osoba promijeni boravište i zadržava svoj status, ali joj druga država pruža neka druga prava i nameće neke druge obveze nego što ih je imala u prijašnjoj.

Pri nastanku šepavog statusa pravno-tehnički moraju biti ispunjene dvije pretpostavke. Prva je pretpostavka suprotstavljeno materijalno pravo, a javlja se kada nastanak ili prestanak statusnog odnosa u različitim državama ovise o različitim činjenicama. Određeni institut u jednom pravnom poretku postoji, a u drugom ne postoji te je to također uzrok „šepavog“ odnosa. Primjer za to nalazimo u institutu formaliziranog životnog partnerstva koji je poznat državama Europske unije u različitim oblicima. Druga je pretpostavka disharmonija u kolizijskim pravilima uključenih država.¹⁰¹ Do „šepavih“ odnosa može doći i izborom različitih poveznica u različitim državama. Ako međunarodno privatno pravo jedne države koristi jednu poveznicu (npr. državljanstvo), a druge drugu (npr. prebivalište), može doći do „šepavih“ statusa jer kolizijska prava dovode do različitih materijalnih prava.¹⁰² Provedena istraživanja u Europskoj uniji ukazuju na zapanjujuće brojke „šepavih“ osobnih i obiteljskih statusnih odnosa.¹⁰³ Nadalje se u radu kroz konkretna pravila međunarodnog privatnog prava o statusu fizičke osobe apostrofira spremnost države na prihvaćanje standarda na koje se obvezala kroz međunarodne ugovore.

3.4. Razmatranja o prirodi međunarodnoga privatnog prava u kontekstu statusa

Stavljajući u kontekst prekograničnih statusnih odnosa prevladavajuće suvremene teorije identiteta¹⁰⁴ te postojeću praksu ESLJP-a u pitanju osobnog identiteta¹⁰⁵, može se zaključiti da bi neovisno o tome što se osoba veže uz veći broj pravnih poredaka njezin osobni status trebao biti stabilan. Integritet identiteta pojedinca pretpostavlja da je osiguran kontinuitet statusa. Otvoreno je pitanje na

¹⁰⁰ Ibid., 267.

¹⁰¹ Ibid., 40.

¹⁰² Ibid., 42.

¹⁰³ Feldtmann v. Freyhold; Vial, Bühler, 2008. *Comparative study on the legislation of the Member States of the European Union on civil status, practical difficulties encountered in this area by citizens wishing to exercise their rights in the context of a European area of justice in civil matters and the options available for resolving these problems and facilitating citizens' lives*, Final Report for the European Commission on project No JLS/2006/C4/004, Bremen, 2008. (Available at: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_ms_legislation_country_reports_en.pdf).

¹⁰⁴ Vidi Peternai – Andrić ovdje.

¹⁰⁵ Vidi Lulić, Muhvić ovdje.

koji način međunarodno privatno pravo regulira statusna pitanja pojedinaca u migraciji. Osobni statut fizičkih osoba kazuje po kojem će se pravnom sustavu (*lex causae*) prosuđivati položaj fizičke osobe u situaciji sa stranim elementom. Poveznica određuje koji će to biti pravni poredak te poveznica može uputiti i na primjenu stranog prava za prosuđivanje statusnih odnosa fizičke osobe. Spremnost države da primijeni strani pravni sustav prvi je korak prema osiguravanju kontinuiteta statusa unatoč kretanju kroz različite režime. U protivnom, ako bismo osobni status poimali samo iz vizure domaćeg pravnog režima, pojedinac bi imao različite pravne identitete ovisno o tome koji ga pravni poredak promatra. Iako suvremeni pravni poreci iz međunarodne učtivosti dozvoljavaju primjenu stranog prava, problematika kontinuiteta pravnog statusa, a time i pravnog identiteta neke osobe, nije jednostavna. Naime, odabir poveznice po kojoj će se prosuđivati osobni statusi ukazuje u kojoj mjeri država doista vodi računa o balansiranju različitih politika, uravnoteživanju individualnog prema kolektivnom statusu.¹⁰⁶ Nadalje, klasično je poimanje neutralnosti discipline međunarodnog privatnog prava radi ostvarenja kolizijske pravičnosti stavljeno na kušnju.¹⁰⁷

Suvremena doktrina međunarodnog privatnog prava propitkuje globalnu, društveno-humanističku perspektivu kojima metode međunarodnog privatnog prava odgovaraju na pitanja različitosti, kako kulturnih tako i pravnih.¹⁰⁸ Monopol države za određene teme, poput statusnih prava vlastitih građana, izvrsno je tlo za testiranje „globalnog zaokreta” u pravu usmjerenog prihvatanju različitosti u društvu. Pitanje je jesu li suvremene doktrine međunarodnog privatnog prava u dovoljnoj mjeri otvorene za nove društvene i pravne fenomene: od novih oblika normativizma te potrebe balansiranja sukobljenih društveno prihvaćenih vrijednosti. Jedno je od središnjih pitanja odnos prava prema „drugosti” (*toalterity*). Drugost (*otherness*) doslovno je stranost, primjerice strano podrijetlo pravnih normi kojima je cilj prodrijeti u domaći pravni poredak. Metode međunarodnog privatnog prava služe sprečavanju sukoba zakona. Koliko ozbiljno pravo, a poglavito međunarodno privatno pravo, shvaća „drugost” – bilo u obliku stranih propisa, heterogenih kulturnih normi ili pak ljudi koji potječu iz drugih krajeva? Otvorenim pristupom prema mogućim metodološkim rješenjima koja nužno ne moraju biti već viđena ili uvriježena mogu se razviti pravna rješenja otvorena prema različitosti (*law of inter-alterity*). Pritom pravo ne smije zanemariti druge discipline. Polje etike propitkuje prag tolerancije i prihvatanja u situacijama populacije koja živi

¹⁰⁶ Salerno, Francesco, 2019. *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, 395, Recueil des Cours, 20-25.

¹⁰⁷ Yuko Nishitani, 2014. *Global Citizens and Family Relations*, *Erasmus Law Review*, 146.

¹⁰⁸ Muir Watt, Horatia, 2019. *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-alterité)*, 35 The Pocket Books of The Hague Academy of International Law.

u uvjetima nevoljnog susjedstva, nastale uslijed prisilne migracije ili prekrajanja granica nacionalnih država. Jer, iako paradoksalno, identitet čine upravo razlike.¹⁰⁹

Pitanje identiteta fizičke osobe u disciplini međunarodnog privatnog prava očituje se kroz nekolicinu temeljnih pitanja statusnih odnosa: treba li osobna stanja fizičke osobe koja se kreće preko granice vezati uz samo jedan pravni sustav (jedinjeni osobni statut); može li kolizijska pravičnost realizirana kroz „slijepa kolizijska pravila“ zadovoljiti suvremene imperative zaštite prava na osobni identitet; treba li osobu vezati uz pravni sustav njezina državljanstva, prebivališta ili boravišta ili pak neki drugi pravni sustav s kojim se ona identificira ili pak ima objektivno najbližu vezu; koji su prihvatljivi modeli fleksibilizacije međunarodnog privatnog prava usmjereni osiguravanju integriteta i kontinuiteta identiteta osobe, pa u tom smislu i koja je uloga subjektivne poveznice stranačke autonomije te ostvarenja materijalne pravičnosti; u kojoj se mjeri fleksibilnim odabirom kriterija međunarodne nadležnosti u korelaciji s fleksibilnim odabirom mjerodavnog prava osigurava kontinuitet statusa; treba li kroz postupak priznanja stranih javnih isprava provoditi kontrolu nacionalnog materijalnog pravnog standarda (mjerodavnog prava) ili je javni poredak dovoljan korektiv za moguće povrede domaćih vrijednosti; vodi li automatsko priznanje statusa stečenog u inozemstvu pravnom turizmu ili pak realizaciji prava na osobno samoodređenje?

3.4.1. Osipanje jedinstvenog osobnog statuta

Rana promišljanja glosatora o međunarodnom privatnom pravu u 13. stoljeću zagovaraju statutarnu teoriju, gdje od trojstva statuta upravo *statuta personalita* vide kao nepromjenjivo jedinstveno kolizijsko pravilo za sve pravne odnose koji se vežu uz fizičku osobu. Ideja o jedinstvenom osobnom statutu (*statut personnel / Personalstatut*) u kontinentalnoeuropskim sustavima nije napuštena ni u kasnijem učenju Mancinija i Savignyaa, iako se doduše modificira poimanje ključne poveznice. Mancini u 19. stoljeću postavlja državljanstvo kao središnju poveznicu osobnog statuta opravdavajući takav fiksni izbor poveznice u realnosti da će primjena prava državljanstva za statusne odnose osigurati stabilnost i ujednačenost statusa države čije državljanstvo osoba ima – one koja osobu vodi u svojim matricama te u pravilu izdaje isprave o statusu.¹¹⁰

Suvremene kodifikacije u pravilu razlučuju opću odredbu za pravnu i poslovnu sposobnost od posebnih, koje, doduše, vrlo često tek upućuju na opće pravilo.

¹⁰⁹ Butler, Judit, 2016. *Rassemblement. Pluralité, performativité et politique*. Paris, Fayard.

¹¹⁰ Salerno 2019, 43-47.

Obuhvat osobnog statuta *rationae materiae* u suvremenoj usporednoj doktrini diferencira se između temeljnih pitanja osobnog statuta; pravne i poslovne sposobnosti, osobnog imena i proglašenja nestale osobe umrlom te šireg poimanja domašaja osobnog statuta na utvrđivanje majčinstva i očinstva, bračnog statusa ili statusa registriranog partnera te spolne orijentacije.¹¹¹ Tomu je primjer i naš ZMPP.

Višestruki su razlozi osipanja jedinstvenog osobnog statuta.¹¹² U statusnim stvarima koje se tiču osoba različitog državljanstva prikladnije je primijeniti neku poveznicu koja im je zajednička, primjerice njihovo postojeće ili posljednje uobičajeno boravište, od kumulativne primjene njihova državljanstva.¹¹³ Željenu stabilnost statusa treba dovesti u ravnotežu s drugim vrijednostima, primjerice potrebom integracije u sredinu u kojoj osoba doista živi. Štoviše, stabilnost i kontinuitet statusa u određenim se situacijama može očuvati upravo priklanjanjem poveznici koja je određenom odnosu najbliža, odnosno jačanjem prava na izbor mjerodavnog prava – autonomije izbora prava.

3.4.2. Kriteriji i poveznice koje povezuju fizičke osobe uz pravne sustave – povijesna retrospektiva

Kolizijsko pravilo za statusne odnose ostvaruje se kroz poveznicu koja osobu identificira s poretkom kojemu ona pripada. Kroz povijest, pa i danas, poimanje koji je to pravni poredak razlikuje se od sustava do sustava, mijenja se i preslaguje u kombinacijama. Spajajući učenje o *comitas gentium*, teoretičari međunarodnog privatnog prava u svojim promišljanjima izdvajaju poveznicu koja najbolje identificira osobu s nekim poretkom. Savigny spaja svoje ideje o univerzalnim vrijednostima država kao članica zajednica naroda sa svojom fokalnom teorijom o „sjedištu pravnog odnosa“ koja zagovara kako svaki međunarodno obilježeni odnos ima prirodnu i stoga neminovnu vezu sa samo jednim pravom (ili, kako Savigny govori, „nadležnosti“). Radi se o pravu s kojim je pravni odnos najbliže povezan po svojoj osobitoj naravi (*eigenthumliche Natur*). Svakom tipu odnosa ili podvrsti pravnog pitanja unutar jednog odnosa na taj način treba pripisati odgovarajuću poveznicu. Za osobni statut izdvaja prebivalište. Poimanjem da je domaće pravo jednako stranom pravu Savignyjeve teorije odražavaju univerzalizam i liberalizam, dok se individualizam očituje kroz ideju da svakom odnosu

¹¹¹ Anatol Dutta, 2017. Personal status, u: *Encyclopedia of Private International Law* (Jurgen Basedow i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1346.; Salerno 2019, 21; Heinz_Peter Manzel, 2017. Nationality, u *Encyclopedia of Private International Law* (Jurgen Basedow i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1292.

¹¹² Dutta, Personal status, 1348-1349.

¹¹³ Vidi čl. 8. Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu, SL L 343, 29.12.2010., 10–16.

treba pripisati najbliže pravo koje po pitanju statusa fizičkih osoba vidi u njihovu prebivalištu. Za razliku od Savignyja, Mancini poima državljanstvo kao središnju os koja identificira neku osobu, stoga se i okreće toj poveznici osobnog statuta. Zagovara državljanstvo kao isključivu poveznicu osobnog statuta, čime se osigurava univerzalno ostvariva pravna sigurnost i kontinuitet statusa. Jedinstveno kolizijsko pravilo za osobni statut bazirano na državljanstvu sprečava fragmentaciju ili cijepanje mjerodavnog prava za različita statusna pitanja. Učenje Mancinija inspiriralo je *Institut de Droit Internaitonal* koji 1874. zagovara unifikaciju kolizijskih pravila baziranu na državljanstvu, što se odražava i kod utemeljenja Haške konferencije godine 1893. Komparativna retrospektiva kontinentalnoeuropskih zakona međunarodnog privatnog prava ukazuje da je sve donedavno ta ideja prevladavajuće determinirala i način na koji će se rješavati osobna statusna pitanja u Francuskoj, Italiji, Španjolskoj, Portugalu, Austriji, Njemačkoj, a jednako i u našem ranije važećem sektorskom propisu međunarodnog privatnog prava.

Međutim europski su teoretičari kroz drugu polovinu 20. stoljeća propitkivali te postavke u odnosu na nove društvene momente.¹¹⁴ Iako je pravna sigurnost zadržana kao jedan od imperativa, potiskuju je porivi zaštite opravdanih očekivanja pojedinaca, suvremena interpretacija zaštite ljudskih prava na privatnost i identitet koje se oslanjanju na suvremene rodne teorije i teorije identiteta. Fleksibilizacija sustava višesmjerna je: s jedne strane promatramo model omekšavanja sustava klasičnog međunarodnog privatnog prava koji se odvija na tri razine, dok s druge strane razmišljamo i o pravu na samoodređenje koje može dovesti do automatskog priznanja statusa stečenog u inozemstvu.

3.4.3. Modeli fleksibilizacije usmjereni kontinuitetu identiteta i statusa

Prva se razina omekšavanja provodi kroz „igru poveznicama“: uvriježeni mehanički koncepti napuštaju se u korist otvorenih koncepata, dolazi do potiskivanja poveznica koje ne odražavaju nužno snažnu formalnu vezu pojedinaca sa sustavom (potiskivanje državljanstva) da bi se ustupilo mjesto poveznicama uobičajenog boravišta i stranačke autonomije.

Učinkovito ostvarenje prava na kontinuitet identiteta neodrživo je u mobilnom društvu fiksiranjem jednog sjedišta pravnog odnosa. Statusna su pitanja koja se dotiču pojedinca brojna i iziskuju bitno fleksibilniji pristup. Savignyjevo učenje preobražava se u otvorenu formulu individualizirane potrage za mjerodavnim pravom. Od kolizijske pravičnosti i fiksirane poveznice okrećemo se konceptu

¹¹⁴ Eric Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne*, 251 *Recueil des Cours*, 11, 167.

otvorenih poveznica u domeni osobnog statusa. To se očituje prije svega kroz poveznicu uobičajenog boravišta, koncept koji treba popuniti okolnostima i sadržajem u svakom pojedinom slučaju. Različite okolnosti koje nisu unaprijed određene odraz su obiteljskih, profesionalnih, poslovnih, kulturnih i emocionalnih interesa osobe.¹¹⁵ Uobičajeno boravište stoga je funkcionalna poveznica koja počiva na interesima osobe, a ne na pravno utvrđenoj vezi pojedinca s nekim poretom.¹¹⁶ ZMPP se široko priklonio uobičajenom boravištu kod skrbništva nad djecom (kroz Hašku konvenciju iz 1996.)¹¹⁷, kroz lišenje i vraćanje poslovne sposobnosti i skrbništva nad odraslim osobama (članak 15.), kao jednu od alternativnih poveznica ograničene stranačke autonomije kod određivanja osobnog imena, kroz primarnu poveznicu za osobne odnose bračnih drugova (članak 34.). Otvoreni koncept najbliže veze također se prakticira, za što ponovno nalazimo primjere u ZMPP-u.¹¹⁸ Fleksibilizacija se u znatnoj mjeri može postići izborom mjerodavnog prava. Prava autonomija volje suvremeni je trend koji je obilježio statusne stvari i umnogome omogućava pojedincu zadržavanje kontinuiteta identiteta. U užem smislu javlja se kod pitanja osobnog imena, dok se u širim statusnim stvarima pojavljuje za pitanja skrbništva i bračnog statuta.

Druga se razina omekšavanja ili fleksibilizacije ostvaruje kroz „igru načelima“. Ostvaruje se na način da prevladavajuća međunarodno priznata pravna načela postaju korektivi kolizijskih pravila. Taj se proces bilježi kako u europskom i međunarodnom ujednačenom pravu, tako i u nacionalnim kodifikacijama, pri čemu ZMPP nije iznimka. Odlučnu ulogu u tom procesu ima interpretacija ESLJP-a te Suda Europske unije. Najbolji primjer jest načelo najboljeg interesa djeteta kojim se ostvaruje imperativ materijalne pravičnosti te osigurava zaštita osobnog identiteta. Kako prevladavajuća načela postaju korektivi kolizijskih pravila, najbolje potvrđuje načelo najboljeg interesa djeteta.¹¹⁹ Njega je konstitucionalizirao ESLJP kao interpretativni korektiv kolizijskih pravila, a slično čine i zakonodavci. Tako je primjerice po pitanju za utvrđivanje ili osporavanje majčinstva ili očinstva mjerodavno pravo određeno alternativno, i to tako da je moguća primjena prava

¹¹⁵ Audit, Bernard, 2001. *Le droit international privé en quête d'universalité*, 305, Recueil des Cours, 333.

¹¹⁶ Ballarino, Tito; Romano, Paolo, 2005. Le principe de proximité chez Paul Lagarde, u *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde; Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 40.; Kunda, Ivana, 2019. Uobičajeno boravište djeteta, u *Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji* (Župan, Mirela ur.), Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, 2019., 295-316.

¹¹⁷ Primjenom Haške konvencije o mjerama dječje zaštite.

¹¹⁸ Članak 38. Za zasnivanje i prestanak izvanbračne zajednice mjerodavno je pravo države s kojom ona ima ili je, ako je prestala postojati, imala najužu vezu.

¹¹⁹ Župan, Mirela, 2017. The best interest of the child – a guiding principle in administering cross-border child related matters?, u: *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead* (Liefwaard, Ton; Julia Sloth-Nielsen ur.), Leiden, Brill | Nijhoff, 213-229.

države čiji je dijete državljanin ili pravo države čiji su državljani osobe čije se majčinstvo ili očinstvo utvrđuje ili osporava, ovisno koje je u najboljem interesu djeteta.¹²⁰

Treća razina fleksibilizacije odvija se kroz „igru metodološkim rješenjima“ koja smjera ostvarenju materijalne pravičnosti. Otvorenim pristupom netipičnim metodološkim rješenjima postupno se u statusnim stvarima odmičemo od kolizijske pravičnosti, a približavamo materijalnoj pravičnosti. U okvirima materijalne pravičnosti lako je pronaći mjesto za ostvarenje željenog kontinuiteta osobnog identiteta. Najbolji je primjer tomu prilagođavanje u postupku priznanja. Tako se u Hrvatskoj brak sklopljen u stranoj državi između osoba istoga spola priznaje kao životno partnerstvo ako je sklopljen u skladu s pravom države u kojoj je sklopljen.¹²¹

3.4.4. Načelo očuvanja statusa kroz automatsko priznanje

U suvremenom diskursu prekograničnog priznanja statusa pojavljuje se odmak od svih klasičnih metoda MPP-a kroz automatsko priznanje stečenog statusa. Naime, u klasičnom MPP-u statusi stečeni u stranim državama proizvode učinke u domaćem pravu samo ako se odluke ili isprave na kojima se ti statusi temelje u propisanom postupku izjednače s domaćim odlukama ili ispravama. Pritom se propitkuje ispunjenost pretpostavki, odnosno odsutnost razloga za odbijanje priznanja. Međutim, mimo te procedure pojedinci se sve češće angažiraju oko zakonitog stjecanja statusa u inozemstvu, a da osoba pritom nužno nema nikakvu vezu s državom u kojoj je status ostvarila ili promijenila. Pritom je često temeljna vodilja takvog pojedinca zaobići stroga pravila međunarodnog privatnog prava te ostalog materijalnog domaćega prava radi unosa statusa koji u matičnoj državi ne bi mogao nastati. Primjenjujući klasična pravila međunarodnog privatnog prava o priznanju, sudovi država u pravilu bi odbili priznati tako stečene statuse svojih državljana. Međutim, kroz intervencije Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava dolazi do konstitucionalizacije autonomije volje pojedinca koja utire svoje mjesto i otklanja tradicionalne metode priznanja. Pojedinaac dakle može posredno utjecati na mjerodavno pravo birajući uspostavu veze s pravnim sustavom na koji upućuje objektivno određena poveznica osobnog statuta. Takav utjecaj na mjerodavno pravo u slučaju statusnog odnosa većeg broja osoba treba biti u ravnoteži s pravima svih zainteresiranih. U slučaju statusa koji se tiče samo jedne osobe, pravo na samoodređenje lakše je ostvarivo, ali i tada

¹²⁰ ZMPP, čl. 41.

¹²¹ ZMPP, čl. 32. st. 2.

ono mora zadovoljiti uvjete pravnog poretka uz koji se osoba veže. Sud Europske unije to indirektno pravo izbora priznaje primjerice u pitanju osobnog imena u predmetu C-148/02, *Carlos Garcia Avello protiv Države Belgije* u predmetu C-353/06, *Stefan Grunkin i Dorothee Regina Paul protiv Standesamta Niebüll*,¹²² te u predmetu *Runevič-Vardin*.¹²³ Postupanje ESLJP-a u povodu zahtjeva *Henry Kismoun protiv Francuske*¹²⁴ problematizira pitanje imena dvojnih državljana, ovdje jednoga državljanstva Europske unije i jednoga trećeg državljanstva. Kismoun je državljanin Alžira i Francuske, koji je odrastao u Alžiru, upisan u alžirske matice pod prezimenom oca. Francuske vlasti vode ga u matici državljana uz prezime majke, koja je bila francuska državljanka. Njegove su zamolbe za korekciju prezimena odbijene. ESLJP nalazi povredu konvencije u postupanju francuskih vlasti koje su propustile uzeti u obzir prirodu njegova zahtjeva usmjerenog očuvanju osobnoga identiteta. Shodno tome, vlasti nisu stavile u razmjeran odnos javni interes prema ovdje prevladavajućem interesu pojedinca.

Prostor primjene načela automatskog priznanja u praksi ESLJP-a otvorio je predmet međudržavnog posvojenja *Wagner i J.M.W.L. protiv Luxembourga* iz 2007.¹²⁵ ESLJP drži da je pravni status stvoren u inozemstvu postao realnost koju treba priznati. Sud se pritom ne osvrće na činjenicu da je taj pravni status nastao jer je pojedinac za njega optirao, u poretku koji je intenciozno izabrao. Ovaj model kasnije se ogleda kod priznanja statusa majčinstva i očinstva u kontekstu prekograničnih predmeta zamjenskog majčinstva, o kojemu je ESLJP odlučivao u spojenim predmetima *Mennesson protiv Francuske* i *Labassee protiv Francuske*,¹²⁶ *Paradiso i Campanelli protiv Italije*.¹²⁷ Zauzimajući savjetodavno mišljenje, ESLJP argumentira kako je u situacijama u kojima je posebno važan aspekt identiteta pojedinca, primjerice kada je u pitanju pravni odnos roditelja i djeteta, doseg slobode prosudbe države ili državnih tijela, kad djeluju ograničavajući zajamčena prava i slobode građanima, sužen.¹²⁸

Upravo je očuvanje osobnog i kulturnog identiteta uvjetovalo rezoniranje ESLJP-a u predmetu *Harroudj protiv Francuske*.¹²⁹ U tom se predmetu problematizira pitanje priznanja učinaka *kafale*: pravnog odnosa nepoznatog europskom miljeu koji bitno odstupa od naše pravne kulture. Francuskinja je kroz *kafalu* skrbila o

¹²² [2008] ECR I-07639.

¹²³ Sud EU-a, ECLI:EU:C:2011:291, C-391/09, *Runevič-Vardin and Wardyn*, para 91.

¹²⁴ *Henry Kismoun protiv Francuske*, Zahtjev br. 32265/10, od 5.12.2013.

¹²⁵ ESLJP predmet 76240/01, *Wagner i J.M.W.L. protiv Luxembourga*, 28.6.2007.

¹²⁶ *Mennesson protiv Francuske*, Zahtjev br. 65192/11 i *Labassee protiv Francuske*, Zahtjev br. 65941/11, od 26.6.2014.

¹²⁷ *Paradiso i Campanelli protiv Italije*, Zahtjev br. 25358/12, od 27. siječnja 2015., Veliko vijeće od 24.1.2017.

¹²⁸ Vidi Župan, Utjecaj ljudskih prava; Advisory opinion P16-2018-001 *Sylvie and Dominique Mennesson* European Court of Human Right, 10 travnja 2019.

¹²⁹ *Harroudj protiv Francuske*, Zahtjev br. 43631/09 od 4.1.2013.

alžirskom dječaku koji je bio napušten, ali prema šerijatskom pravu dječak nije bio posvojitiv. Posvojiteljica je zatražila da se *kafala* prizna u Francuskoj kao posvojenje, ali je njezin zahtjev odbijen. ESLJP ne nalazi da su francuske vlasti učinile povredu članka 8. opravdavajući odluku francuskih vlasti zaštitom najboljeg interesa djeteta i njegova religijskog identiteta. ESLJP je kroz predmet *Harroudj* zabranu posvojenja *maqfula* ocijenio zaštitom kulturnog identiteta koja nije protivna pravu na obiteljski život.¹³⁰

Naša je praksa bila u prilici odlučivati u postupku priznanja strane odluke o institutu nepotpunog posvojenja (raskidivo posvojenje) svojstvenog pravu BIH. U određenoj je mjeri taj institut usporediv s institutom *kafale* jer se radi o povjeri trajne skrbi za dijete s određenim učincima ekvivalentnim institutu posvojenja. Ipak, razlika leži u bitnim učincima pojedinog: kod potpunog posvojenja dijete raskida pravnu vezu s biološkim roditeljima, kod nepotpunog posvojenja dijete raskida pravne veze s biološkim roditeljima, ali postoji mogućnost za njihovu ponovnu uspostavu, dok kod *kafale* dijete ne mijenja ni vezu prema biološkim roditeljima, ni ime, ni vjeroispovijest. Nacionalni sudovi odlučivali su po zahtjevu predlagatelja koji je dvojni državljani Bosne i Hercegovine te Hrvatske.¹³¹ U Bosni i Hercegovini ishodio je odluku upravnog tijela o nepotpunom posvojenju te je zatražio priznanje te odluke kako bi se zajedno s djetetom preselio u Republiku Hrvatsku. Nakon što je prvostupanjski sud odbio priznanje (iz razloga što je odluku donijelo upravno, a ne sudbeno tijelo), u žalbenom je postupku odbijanje priznanja potvrđeno. Naime drugostupanjski sud ispravno otklanja razloge odbijanja priznanja koje ističe prvostupanjski sud te dalje ispravno nalazi da se radi o statusnom predmetu našeg državljanina za koji je, prema tada važećem ZRSZ-u¹³², trebalo biti primijenjeno pravo Republike Hrvatske (članci 44. i 12.). Shodno tome, u postupku priznanja u situaciji u kojoj je za status državljanina Republike Hrvatske trebalo biti primijenjeno domaće pravo, a nije, do odbijanja priznanja neće doći samo ako odluka bitno ne odstupa od našega prava. Budući da Obiteljski zakon propisuje samo potpuno posvojenje, takav scenarij ne bi bio izgledan. Iako je dakle pravo na obiteljski život temeljno pravo djeteta i roditelja, ono može biti ograničeno zaštitom domaćih vrijednosti. Nesukladnost nacionalnih standarda s pravom na obiteljski život u slučajevima poput prethodno navedenog nepotpunog posvojenja trebalo je premostiti tako što će posvojitelj pred tijelima države u kojoj je posvojenje provedeno zatražili ishodenje odluke kojom mu se povjeravaju prava iz sadržaja roditeljske skrbi. Ta mu odluka daje pravni

¹³⁰ *Harroudj protiv Francuske*, Zahtjev br. 43631/09, 4. listopada 2012., *Chbihi Loudoudi protiv Belgije*, Zahtjev br. 52265/10, 16. prosinca 2014.

¹³¹ GŽ-4694/2014-2 Županijski sud u Zagrebu, od 17. listopada 2014.

¹³² Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima NN 53/91, 88/01.

okvir za realizaciju zajedničkog života te osnovu za odlučivanje o djetetu. Ako je u vrijeme važenja ZRSZ-a posvojitelj želio ostvariti i statusne promjene, on nije imao alternative već provesti u Hrvatskoj ponovno postupak posvojenja, ovdje s punim učincima. U tom bi slučaju po okončanju postupka mogao biti ostvaren i puni statusni učinak njihova odnosa. Novinu našega ZMPP-a predstavlja odredba o mogućoj konverziji nepotpunog u potpuno posvojenje,¹³³ koje mijenja pravni epilog u toj situaciji. Nažalost, prema našim spoznajama i dostupnosti, nema drugih odluka kojima bi se propitkivali instituti povezani sa šerijatskim pravom.

Takav konstitucionalizirani sustav uzajamnog priznanja te primjena načela zemlje podrijetla (*country of origin*)¹³⁴ bitno su različiti od klasičnog sustava međunarodnog privatnog prava. U tradicionalnom sustavu međunarodnog privatnog prava načelo uzajamnog priznanja funkcionira u aspektu priznanja i ovrhe, dok se strano pravo ne priznaje već primjenjuje.¹³⁵ Upravo su stoga neke dramatične odluke europskih sudova otvorile pitanje: nije li priznanje nova međunarodnoprivatnopravna metoda?¹³⁶ Temeljna ljudska prava i slobode zajamčene pravom Europske unije tumače se tako da je zabranjeno odbiti priznanje u tuzemstvu pravnog statusa stečenog u inozemstvu. Kroz to načelo pojedinci dobivaju moć izabrati mjerodavni pravni režim, za što neki tvrde da je usklađeno s načelom priznanja osobnog identiteta.¹³⁷ To se pravilo konstitucionalizira. Autonomija volje postupno postaje opće načelo i to se događa na konstitucionalnoj razini (doktrina tumači da se cijeli koncept prava podvrgava supremaciji prava Europske unije, ali se slično naziva i aktivnost Europskog suda za ljudska prava).¹³⁸ Činjenica je da se taj pokret ne ograničava samo na međunarodno privatno pravo već ima liberalizirajući učinak na cjelokupno statusno i obiteljsko pravo. Kaže se da pojedinci dobivaju mogućnost za odabir neprimjene (*opt-out*) nacionalnog obiteljskog režima. Na taj se način postiže i učinak natjecanja između pravnih sustava, pa se zaključuje

¹³³ Hoško, Tena, 2019. Novo uređenje međunarodnog privatnog prava u Republici Hrvatskoj – Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Zakonitost*, 1, 19-31.

¹³⁴ Baratta, Roberto, 2006. *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 27, 9-11.; Fallon, Marc; Meeusen, Johan, 2002. *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, *Yearbook of Private International Law*, 4, 45-46.; Michaels, Ralf, 2006. *EU Law as Private International Law? Re-conceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory*, *Duke Law School Legal Studies, Research Paper Series*, 1-49. <http://ssrn.com/abstract=927479>

¹³⁵ Michaels, Ralf, 2008. *The New European Choice-of-Law Revolution*, *Tulane Law Review*, 82, 1629.

¹³⁶ Jürgen Sonnenberger, Hans, 2010. *Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode? Festschrift für Ulrich Spellenberg: zum 70. Geburtstag* (Jörn, Bernreuther; Freitag, Robert; Leible, Stefan; Sippel, Harald; Wanitzek, Ulrike ur.), München: Sellier. European law Publishers, 373.

¹³⁷ Muir Watt, Horatia, 2008. *European Federalism and the "New Unilateralism"*, *Tulane Law Review*, 82, 1985-1986.

¹³⁸ Sadurski, Wojciech, 2009. *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *Human Rights Law Review*, 9, 397.

da stranačka autonomija generira „europsko tržište obiteljskopравnih proizvoda“ (*family law products*).¹³⁹ Sudska praksa na kojoj se te doktrine temelje nigdje ne navodi stranačku volju, ali se pod krinkom načela priznanja - načela države porijekla skriva ta moć pojedinaca u određivanju pravnog sustava koji im najviše odgovara.

Jednako se tako može pojaviti i pitanje priznanja razvoda po šerijatskom pravu (*talaq*). Institut talaqa – otpusta otvara pitanje jednakosti oružja i diskriminacije žene. Prostorna ograničenost uloge Suda Europske unije na europske propise onemogućila je davanje tumačenja u predmetu *Sahyouni*.¹⁴⁰ Dilema je u pogledu instituta i prakse šerijatskog prava mnogo. Treba li održati kontinuitet osobnog identiteta žena u poligamnom braku i pritom žrtvovati temeljna načela monogamnosti europskih poredaka; treba li u slučaju razvoda braka otpustom, prava koje ima samo muškarac, žrtvovati načelo jednakosti muškaraca i žena; treba li na račun zaštite kontinuiteta žrtvovati zaštitu mlade žene i njezina prava na slobodan brak? U Europi će za ta pitanja kontinuitet identiteta fizičke osobe ipak biti subordiniran drugim zaštićenim vrijednostima.

Načelo priznanja statusa stečenog u državi porijekla generira reforme nacionalnih zakona – od potpomognute oplodnje do istospolnih zajednica. Tako koncipirano načelo autonomije volje briše granicu nacionalnog – prekograničnog – supstantivnog – kolizijskog propisa i vraća nas na odbačenu „teoriju stečenih prava“. Funkcija je svakog pravnog sustava zaštita opravdanih očekivanja stranaka. U međunarodnom privatnom pravu zaštita opravdanih očekivanja odražava se upravo kroz zaštitu prava valjano stečenih u drugom pravnom poretku s kojim je osoba u određenoj vezi. *Ratio* ovdje leži u tome da se osoba pouzdala u sadržaj prava koje je vrijedilo u društvenoj sredini u kojoj je određeni pravni odnos nastao. Zaštita opravdanih očekivanja usmjerena je pravnoj sigurnosti, jer osoba u svakom trenutku zna koja su joj prava i obveze. Ali to vrijedi samo u onim situacijama kada objektivni kriteriji ukazuju na to da su stranke mogle opravdano očekivati primjenu određenog prava.¹⁴¹ Opravdano očekivanje svoj legitimitet nalazi u subjektivnoj dobroj vjeri koja se temelji na objektivnoj činjenici koja osobu navodi na to očekivanje. Osoba postupa u dobroj vjeri kada prihvaća i poštuje propise pravnog poretka u kojemu određeni pravni akt ili situacija nastaje i biva regulirana, a s kojim postoji razumna veza. Doktrina se argumentira da je međunarodno privatno i postupovno pravo postalo instrument promicanja ljudskih prava,¹⁴² a nadalje i da su zaštita ljudskih prava i promicanje prava na samoodređenje individue možda tek krinke

¹³⁹ Marzal Yetano, Toni, 2010., *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, *Journal of Private International Law*, 6, 156.

¹⁴⁰ Sud EU-a, ECLI:EU:C2017:98820, C 372/16, *Soha Sahyouni v. Raja Mamisch*, 20.12.2017.

¹⁴¹ Büchler, Andrea, 1995. *L'attente légitime des parties*, u *Rechtskollisionene. Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag* (Meier, Isaak; Siehr, Kurt ur.), Zürich, 95

¹⁴² van den Eeckhout, Veerle, 2008. *Promoting Human Rights within the European Union: The Role of European Private International Law*, *European Law Journal*, 14, 105-106.

za rješenje koje promiče integraciju pravnih poredaka unutar Europske unije!¹⁴³ Nova serija rasprava na tu temu okosnicom nalazi „pravni pluralizam“, kao realnost koja je prethodno izostala iz konteksta pripadajućih rasprava.¹⁴⁴

Interesantna je ideja modela novog metodološkog priznanja formalnih životnih zajednica u formi kontraktualizacije koju odlikuje spoj priznanja stečenog prava i autonomije volje. Tako se predlaže otvorenost zakonodavaca prema različitim načinima na temelju kojih parovi ulaze u svoje formalne veze. To poimanje u kontekstu priznavanja odnosa podrazumijeva odmak od uvriježenih modela. Ono osnažuje pojedince, zagovara kako bi prilikom ulaska u formalnu vezu sami parovi trebali definirati međusobna prava i obveze te učinke (tuzemno i prekogranično) njihove veze.¹⁴⁵

4. Zaključna razmatranja

Izmijenjene društvene okolnosti trenda pojačane migracije utječu na promjenu metodologije i konkretnih rješenja propisa međunarodnog privatnog prava. Temeljno je istraživačko pitanje ovoga rada smjera li sustav prava, a osobito međunarodnog privatnog prava očuvanju identiteta fizičke osobe koja je prekogranično mobilna. Nadalje se propitkuje u kojoj je mjeri sustav prava (međunarodnog, nacionalnog) otvoren za apsorpciju društveno-humanistički prihvaćenih promišljanja o identitetu fizičke osobe – suvremenih teorija identiteta.

Polazeći od odabira poveznica, može se razlučiti kako se međunarodno privatno pravo priklanja novijim teorijama antiesencijalizma. Metodološka rješenja koja kolizijskopravnu pravičnost podčinjuju materijalnoj pravičnosti također se smatraju dijelom pokreta koji sustav međunarodnog privatnog prava otvara realizaciji međunarodno usvojenih temeljnih prava i sloboda. U tom je smislu postupna fleksibilizacija sustava međunarodnog privatnog prava izravno povezana s vodećim teorijama o identitetu te praksom ESLJP-a te Suda Europske unije.

Može se zaključiti da akademska zajednica sve više uvažava globalnu, društveno-humanističku perspektivu kod opredjeljenja za određena metodološka rješenja u sustavu međunarodnog privatnog prava. Na taj će način sustav prava adekvatno odgovarati na pitanja različitosti: kulturnih i pravnih, te osigurati kontinuitet statusa fizičke osobe i zaštitu njezina identiteta. Taj istraživački pothvat usredotočen na domenu statusnih prava, u kojih države vješto čuvaju monopol nad svojim

¹⁴³ Jayme, Eric, 2009. Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies, Yearbook of Private International Law, 11, 3.

¹⁴⁴ M. Smits, Jan, 2012. A Radical View of Legal Pluralism, Maastricht European Private Law Institute Working Paper, 1, 6-12.

¹⁴⁵ Croce, Mariano; Swennen, Frederick, 2020. Cont(r)actualisation: A Politics of Transformative Legal Recognition of Adult Unions, Social and Legal Studies, 2, 230-250.

građanima, izvrsno je tlo za testiranje „globalnog zaokreta“ u pravu usmjerenog prihvaćanju različitosti u društvu. Različitost situacija u kojima treba procijeniti koju vrijednost štiti počinje na bitnim razlikama u kulturi, vjeroispovijesti te društvenim čimbenicima koji na njih utječu.

Fleksibilizacija cjelokupnih kodifikacija međunarodnog privatnog prava ostvaruje se na razini poveznica, instituta međunarodnog privatnog prava, utjecaja međunarodno prihvaćenih načela zaštite ljudskih prava te otvorenosti novim metodološkim rješenjima. Ostvarenju opravdanih očekivanja stranaka dodatno pridonosi i razvoj načela automatskog priznanja, koji se konstitucionalizira kroz praksu ESLJP-a te Suda Europske unije.

Istraživanje je potvrdilo kako su doktrine/propisi/praksa MPP-a otvoreni za nove društvene i pravne fenomene koji se ogledaju kroz nove oblike normativizma te neskriveno balansiranje sukobljenih društveno prihvaćenih vrijednosti vodeći pritom računa kako o opravdanim očekivanjima pojedinaca tako i o očuvanju pravne kulture pojedinog pravnog sustava. Istraživanje ukazuje i kako je za određena pravna pitanja bitno široko prihvaćeno promatranje iz perspektive očuvanja kontinuiteta osobnog identiteta. Tomu je najbolji primjer pitanje osobnog imena. Stabilnost ili nepromjenjivost osobnog imena nužna je kako bi ono ispunilo funkciju identificiranja pojedinca, a time ujedno služi i zaštiti kontinuiteta njegova statusa. Za određena pravna pitanja, poput maloljetničkog braka, kontinuitet identiteta subordinira se drugim zaštićenim vrijednostima. Pravna pitanja posvojenja, zamjenskog majčinstva, transrodnih osoba, učinaka istospolnih brakova i druga ne ukazuju izravno na intenciju zaštite identiteta pojedinaca. Ipak, gore navedene promjene pristupa i rješenja međunarodnog privatnog prava tomu nedvojbeno pridonose.

Korišteni izvori

Knjige i članci

- Audit, Bernard, 2001. *Le droit international privé en quête d'universalité*, 305, Recueil des Cours, 1-487.
- Ballarino, Tito; Romano, Paolo, 2005. Le principe de proximité chez Paul Lagarde, u: *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde; Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 37-54.
- Baratta, Roberto, 2006. *Problematic Elements of an Implicit Rule Proving for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, IPRax – Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts 1 (2007), 27, 4-11.
- Bogdan, Michael, 2019. Some Critical Comments on the new Swedish Rules on Non-Recognition of Foreign Child Marriages, *Jornal of Private International Law*, 2, 247-256.

- Bouček, Vilim, 2004. Utjecaj ljudskih prava kao specifične sastavnice europskog prava na međunarodno privatno pravo, *Hrvatska pravna revija*, 12, 64-73.
- Bücher, Andreas, 2012. Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law, *International Journal of Law in Context*, 196-210.
- Bücher, Andreas, 2000. *La famille en droit international privé*, 183, Recueil des Cours, 9-186.
- Bücher, Andreas, 1995. L'attente légitime des parties", u: *Rechtskollisionene. Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag* (Meier, Isaak; Siehr, Kurt ur.), Zürich, 95-103.
- Butler, Judit, 2016. *Rassemblement. Pluralité, performativité et politique*. Paris, Fayard.
- C. Hathway, James, 2005. *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: University Press.
- Coester-Waltjen, Daagmar, 2017. Recognition of legal status evidenced by documents, u: *Encyclopedia of Private International Law* (Basedow, Jurgen i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1504.
- Corneloup, Sabine et al. 2017. *Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential*, Study for the JURI Committee, European Parliament.
- Croce, Mariano; Swennen, Frederick, 2020. Cont(r)actualisation: A Politics of Transformative Legal Recognition of Adult Unions, *Social and Legal Studies*, 2, 230-250.
- De Vido, Sara, 2019. Against a Girl's Will: Child Marriages, Immigration and the Directive on Family Reunification", u: *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families* (Bergamini, Elisabetta; Ragni, Chiara ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 115-136.
- Doek, Jakob, 2006. Article 8 – The Right to Preservation of Identity; Article 9 – The Right Not to be Separated from His or Her Parents, u: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Liefwaard, Ton; Sloth-Nielsen, Julia ur.), Brill | Nijhoff, Leiden.
- Dutta, Anatol, 2017. Personal status, u: *Encyclopedia of Private International Law* (Jurgen Basedow i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1346-1350.
- Dutta, Anatol, 2017. Domicile, habitual residence and establishment, u *Encyclopedia of Private International Law* (Jurgen Basedow i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 555-561.
- Eliantonio, Mariolina; Brunello, Silvia; von Freyhold, Hanno, 2013. *Study for the JURI Committee, European Parliament, Life in cross-border situations in the EU A Comparative Study on Civil Status*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474395/IPOL-JURI_ET\(2013\)474395_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474395/IPOL-JURI_ET(2013)474395_EN.pdf)
- Fallon, Marc; Meeusen, Johan, 2002. Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition", *Yearbook of Private International Law*, 4, 37-66.
- Feldtmann v. Freyhold; Bühler, Vial, 2008. *Comparative study on the legislation of the Member States of the European Union on civil status, practical difficulties encountered in this area by citizens wishing to exercise their rights in the context of a European area of justice in civil matters and the options available for resolving these problems and facilitating citizens' lives*,

- Final Report for the European Commission on project No JLS/2006/C4/004, Bremen, 2008. http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_ms_legislation_countrry_reports_en.pdf
- Hazelhorst, Monique, 2017. *Free Movement of Civil Judgements in the European Union and the Right to a Fair Trial*, Springer.
- Hirschboeck, Mark, 2019. Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law, *Harvard International Law Journal*, 1, 181-199.
- Hoško, Tena, 2019. Novo uređenje međunarodnog privatnog prava u Republici Hrvatskoj – Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Zakonitost*, 1, 19-31.
- Jayme, Eric, 2009. Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies, *Yearbook of Private International Law*, 11, 1-36.
- Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne, 251 *Recueil des Cours*, 9-268.
- Jessel-Holst, Christa; Sikirić, Hrvoje; Bouček, Vilim; Babić, Davor, 2014. *Međunarodno privatno pravo - zbirka presuda Suda Europske unije*, Zagreb: Narodne novine.
- Jürgen Sonnenberger, Hans, 2010. Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode? Festschrift für Ulrich Spellenberg: zum 70. Geburtstag (Jörn, Bernreuther; Freitag, Robert; Leible, Stefan; Sippel, Harald; Watzek, Ulrike ur.), München: Sellier. European law Publishers, 371-395.
- Kunda, Ivana, 2019. Uobičajeno boravište djeteta, u *Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji* (Župan, Mirela ur.), Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, 2019., 295-316.
- Kunda, Ivana, 2020. Upućivanje na propise EU u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu, u: *Međunarodno privatno pravo - interakcija međunarodnih, europskih i domaćih propisa* (Barbić, Jakša; Sikirić, Hrvoje ur.), Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020., 21-48.
- Lambertz, Göran, 2016. Child Marriages and the Law - with Special Reference to Swedish Developments, u: *The Child's Interests in Conflict. The Child's Interests in Conflict Addresses the Conflicting Demands on Children from Minority Groups or Children Born to Parents of Different Cultural or Faith Backgrounds* (Jänterä-Jareborg, Maarit ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 85-110.
- Manzel, Heinz_Peter, 2017. Nationality, u *Encyclopedia of Private International Law* (Jurgen Basedow i dr. ur.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1289-1301.
- Marzal Yetano, Toni, 2010., The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law“, *Journal of Private International Law*, 6, 155-193.
- Michaels, Ralf, 2006. EU Law as Private International Law? Re-conceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series*, 1-49. <http://ssrn.com/abstract=927479>
- Michaels, Ralf, 2008. The New European Choice-of-Law Revolution, *Tulane Law Review*, 82, 1607-1644.

- Mikelsone, Gimdega, 2013. The binding force of the case law of the Court of Justice of the European Union, *Jurisprudence*, 2, 469–495.
- Muir Watt, Horatia, 2008. European Federalism and the “New Unilateralism, *Tulane Law Review*, 82, 1983–1998.
- Muir Watt, Horatia, 2019. *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité*, 35 The Pocket Books of The Hague Academy of International Law.
- Smits, M. Jan, 2012. A Radical View of Legal Pluralism, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, 1, 161–172
- Nishitani, Yuko, 2019. *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, 401 *Recueil des Cours* 127–450.
- Nishitani, Yuko, 2014. Global Citizens and Family Relations, *Erasmus Law Review*, 134–146.
- Pravni leksikon, 2007. Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža.
- Rath, Christian, 2019. Underage, married, separated. A German law abolishes child marriages in general - not always in the interest of those affected *Max-Planck-Gesellschaft*. <https://www.mpg.de/12797223/childmarriage-legislation-germany>
- Ronen, Ya’le, 2004. Redefining the child’s right to identity, *International Journal of Law Policy and the Family*, 2, 147–177.
- Rossolillo, Giulia, 2009. Personal Identity at a Crossroad between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law, *Yearbook of Private International Law*, 143–157.
- Sadurski, Wojciech, 2009. Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments, *Human Rights Law Review*, 9, 397–453.
- Salerno, Francesco, 2019. *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, 395 *Recueil des Cours*, 9–198.
- Schlauß, Stefan, 2020. The EU Regulation on Public Documents A first step towards the abolition of the Apostille in the EU, *ERA Forum*, 117–128.
- Sikirić, Hrvoje, 2018. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Tradicionalno XXXI-II. Savjetovanje - Aktualnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, *Godišnjak* 25., *Organizator*, 61–140.
- Sommer, Erick, 2009. *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern*, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.
- Tryfonidou, Alina, 2019. EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families: Children of a Lesser God?, *Yearbook of European Law*, 38, 220–266.
- Van Calster, Gert, 2016. *European Private International Law*, Bloomsbury Publishing.
- Van den Eeckhout, Veerle, 2008. Promoting Human Rights within the European Union: The Role of European Private International Law, *European Law Journal*, 14, 105–127.

- Van Den Eeckhout, Veerle, 2005. *The personal status of migrants: still a matter of private international law? - The dark side of the picture*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3481927>
- Van Loon, Hans, 1996. Unification and Cooperation in the Field of International Family Law: A Perspective from the Hague, u: *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A.L. Droz* (Boras, Alegria i dr. ur.), The Hague/Boston/London: Wolters Kluwer, 173-190.
- Verhellen, Jinske, 2017. Cross-Border Portability of Refugees' Personal Status, *Jornal of Refugee Studies*, 4, 427-443.
- Vettorel, Arianna, 2017. EU Regulation No. 2016/1191 and the Circulation of Public Documents Between EU Member States and Third Countries, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 342-351.
- Waalwijk, Kees, 2020. What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries, u: *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe. European Studies of Population* (Digoix, Marie ur.), Open Springer, 11-44.
- Zablud, Peter, 2020. The 1961 Apostille Convention - authenticating documents for international use, u: *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law* (John, Thomas; Gulati, Rishi; Köhler, Ben ur.), Elgar Companions to International Organizations series, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020., 277-288.
- Župan, Mirela, 2016. Europski prekogranični obiteljski postupci, u: *Procesno-pravni aspekti prava EU* (Petrašević, Tunjica; Vuletić, Igor ur.), Osijek: Pravni fakultet Osijek, 2016., 125-172.
- Župan, Mirela, 2017. Foreign law before Croatian authorities – at the cross-roads?, u: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (Nishitani, Yuko ur.), Cham: Springer, 2017., 93-111.
- Župan, Mirela, 2019. Identity of a Child in Cross-border legal transit (Naming Law in Focus), *Yearbook Human Rights Protection Protection of the Rights of the Child "30 Years after the Adoption of the Convention on the Rights of the Child"*, Provincial Protector of Citizens – Ombudsman; Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade, Novi Sad, 545-567.
- Župan, Mirela, 2018. Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Hrvatska pravna revija*, 2, 1-12.
- Župan, Mirela, 2020. Utjecaj ljudskih prava na suvremeno međunarodno privatno pravo, u: *Međunarodno privatno pravo – interakcija međunarodnih, europskih i domaćih propisa* (Barbić, Jakša; Sikirić, Hrvoje ur.), Zagreb: HAZU, 2020., 125-168.
- Župan, Mirela, 2017. The best interest of the child – a guiding principle in administering cross-border child related matters?, u: *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead* (Liefwaard, Ton; Julia Sloth-Nielsen ur.), Leiden, Brill | Nijhoff, 213-229.

Izvori prava

Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations
<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>.

Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages
<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>.

Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults
<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda [1950] ETS br. 005.,
NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

Konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava od 5. listopada 1961.,
SL FNRJ 10/62; NN MU 4/94.

ICSS, Konvencija (br. 1) o izdavanju određenih izvadaka iz matičnih knjiga namijenjenih
inozemstvu potpisana u Parizu 27. rujna 1956, SL SFRJ 9/1967, NN MU 6/1994.

ICCS, Konvencija (br. 16) o izdavanju izvadaka iz matičnih knjiga na više jezika pot-
pisana u Beču 8. rujna 1976, SL SFRJ 8-26/1991, NN MU 6/1994.

Konvencija o pravima djeteta, SL L MU 15/90, NN MU 12/93, 20/97.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen 1966, NN MU 12/93.

Europska konvencija o obavijestima o stranom pravu [1985] ETS No. 062, NN MU
13/2013.

Povelja Europske unije o temeljnim pravima 2007/C 303/01, C 303/1.

Regulation on the recognition of parenthood between Member States, Ref.
Ares(2021)2519673 - 14/04/2021, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=PI_COM:Ares\(2021\)2519673](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=PI_COM:Ares(2021)2519673)

Sporazum između Vlade Republike Hrvatske, Vlade Bosne i Hercegovine i Vlade Fe-
deracije Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvari-
ma, NN MU 12/1996.

Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u gra-
đanskim i kaznenim stvarima, NN MU 6/1998.

Ugovor između Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije o pravnoj po-
moći u građanskim i kaznenim stvarima, SL FNRJ MU 10/1962, NN MU 4/1994.

Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Turske o pravnoj pomoći u građan-
skim i trgovačkim stvarima, NN MU 15/2000.

Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01,
76/10, 85/10.

Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija) OJ C 202, 7.6.2016.

Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u
području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu, SL L 343,
29.12.2010.

Odluka Vijeća od 28. svibnja 2001. o uspostavi Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima (2001/470/EZ) ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2001/470/2011-01-01>

Zakon o međunarodnom privatnom pravu, NN 101/17.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti djece i suradnji u vezi s međudržavnim posvojenjem, NN MU 5/13.

Zakon o potvrđivanju Konvencije od 5. lipnja 1961. o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava, NN MU 11/11.

Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.

Zakon o općem upravnom postupku, NN 47/09.

Zakon o državnim maticama, NN 96/93, 76/13, 98/19.

Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN 92/14, 98/19.

Zakon o osobnom imenu, NN 118/12, 70/17, 98/19.

Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN 53/91, 88/01.

Zakon o legalizaciji isprava u međunarodnom prometu, SL SFRJ 6/73; NN 53/91.

Sudska praksa

Nacionalna sudska praksa:

GŽ-4694/2014-2 Županijski sud u Zagrebu, od 17. listopada 2014.

Sudska praksa Suda Europske unije:

Sud EU-a, ECLI:EU:C:2011:291 C-391/09, *Runevič-Vardyn and Wardyn*.

Sud EU-a, ECLI:EU:C:2018:385 C-673/16, *Coman i drugi*, 5. lipnja 2018;

Sud EU-a, ECLI:EU:C:2019:248, C-129/18, *SM*, 26. ožujka 2019.

Sud EU-a, ECLI:EU:C:2014:2092, C-338/13, *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*, 17. srpnja 2014.

Sud EU-a, C-338/13, ECLI:EU:C:2014:2092, *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*, 17. srpnja 2014.

Sud EU-a, ECLI:EU:C:2017:98820, C372/16, *Soha Sahyouni v. Raja Mamisch*, 20.12.2017.

Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava:

Advisory opinion P16-2018-001 *Sylvie and Dominique Mennesson* European Court of Human Right, 10. travnja 2019.

Predmet 76240/01, *Wagner i J.M.W.L. protiv Luxembourg*, 28.6.2007.

Ammdjadi protiv Njemačke, Zahtjev br. 51625/08, od 9.3.2010.

Chbihi Loudoudi protiv Belgije, Zahtjev br. 52265/10, 16. prosinca 2014.

Harroudj protiv Francuske, Zahtjev br. 43631/09, 4. listopada 2012.

Henry Kismoun protiv Francuske, zahtjev br. 32265/10, od 5.12.2013.

Mennesson protiv Francuska, zahtjev br. 65192/11 i *Labassee protiv Francuske*, zahtjev br. 65941/11, od 26.6.2014.

Paradiso i Campanelli protiv Italije, zahtjev br. 25358/12, od 27. siječnja 2015., Veliko vijeće od 24.1.2017.

Z.H. i R.H. protiv Švicarske, Zahtjev br. 60119/12, 8. prosinca 2015.

Ostalo

Children's rights and the UNSDGs A priority for EU external, European Parliament, 2019., [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642285/EPRS_BRI\(2019\)642285_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642285/EPRS_BRI(2019)642285_EN.pdf)

General Comment No. 11: Indigenous Children and Their Rights Under the Convention, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2009).

General Comment No. 17: Rights of the child (Art. 24), adopted 35th sess., Hum. Rts. Comm. (7 Apr. 1989).

International Hague Network of Judges <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=426>.

Resolution *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille* 25 August 2005, rapporteur: Paul Lagarde, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_en.pdf Institute de Droit international

Resolution "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development", adopted by the General Assembly on 25 September 2015 https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

Izv. prof. dr. sc. Ines Medić

Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

IDENTITET I IME U PREKOGRANIČNOM PRAVNOM PROMETU

1. Uvod

Pitanje identiteta u praksi se znatno češće pojavljuje kao tema suvremene politike nego kao predmet pravne analize. Moguće objašnjenje leži u činjenici da je gotovo sve do kraja 18. stoljeća, zahvaljujući dotadašnjoj socijalnoj stratifikaciji, u društvenom i političkom diskursu prevladavao društveno izvedeni identitet utemeljen na socijalnim kategorijama koje su svi uzimali „zdravo za gotovo“.¹ Jednak status danas ima nacionalni identitet, kao suvremeni sljednik društveno izvedenog identiteta, koji predstavlja stabilnu i neutralnu osnovu u odnosu na koju se prosuđuju značajke svih drugih oblika identifikacije, pa tako i individualnog identiteta.² Međutim, za razliku od društveno izvedenog identiteta, iznutra izvedeni individualni (osobni), izvorni, identitet ne uživa to priznanje *a priori*. Stoga se postavlja pitanje njegova priznavanja.

Pravo igra konstitutivnu ulogu u formiranju identiteta na način da određuje što se smatra zajedničkim dobrom u određenom pravnom poretku, odnosno koje su to značajke identiteta koje se smatraju (ne)poželjnim.³ Stoga ne čudi, još uvijek prevladavajuće, mišljenje da nacionalnom identitetu treba priznati normativnu prednost pred svim ostalim oblicima identifikacije, s obzirom na nemogućnost poimanja „drugog/drugačijeg“ izvan okvira nacionalnog identiteta.⁴

¹ Taylor, Charles: The politics of recognition, u: *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, (Gutmann, Amy ur.), Princeton University Press, 1994., 34. Preuzeto s: https://www.uio.no/studier/emner/sv/sai/SOSANT2210/v15/pensumliste/taylor_the_politics_of_recognition.pdf.

² Al Tamimi, Yussef. 2018. Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law, *Social & Legal Studies*, 3, 286.

³ Al Tamimi 2018, 286.

⁴ Al Tamimi 2018, 286.

Prema Tayloru, dvije su promjene zaslužne za neizbježnu modernu preokupaciju osobnim identitetom i njegovim priznavanjem.⁵ Jedna je kolaps socijalne hijerarhije i identiteta kao manifestacije društvenog položaja, s jedne strane, te suvremeno poimanje dostojanstva svih ljudi koje je kompatibilno isključivo s demokratskim društvom, s druge strane. Dekonstrukcija socijalne hijerarhije otvorila je prostor intenzivnijem oblikovanju osobnog identiteta, koji uključuje individualne osobitosti i individualno poimanje sebe, te potrebi priznavanja tako stvorenog identiteta *erga omnes*.

Jedan od pojavačkih aspekata osobnog identiteta jest i osobno ime. Ono je „sredstvo za individualizaciju i atribut čovjekove ličnosti“⁶. „Ime čovjeku služi individualizaciji, identificiranju njegove ličnosti, te ličnosti koja je osebujna i kakve ličnosti nigdje drugdje nema.“⁷ Kao „duhovno-fizičko načelo individualizacije čovjeka predstavlja jednu od najznačajnijih tekovina ljudskog duha“⁸.

U pravnom prometu ime služi kao važan simbolički prikaz osobnog identiteta i odražava pojedinca u obiteljskom i društvenom kontekstu.⁹ Dakle, upravo je ime jedan od temeljnih „ključeva“ identifikacije pojedinca i pokazatelj veze između pojedinca i njegove obitelji. Ime je vidljiv znak integracije u društvenu zajednicu.¹⁰ To je osobito vidljivo u prekograničnim predmetima, u kojima su česti problemi vezani uz pogrešan izgovor te transkripciju ili transliteraciju prezimena. Stoga je njegova pravna zaštita važna ne samo u nacionalnom nego i u prekograničnom pravnom prometu.

Problematika prava na ime komplicirana je uslijed neizbježnih tenzija između interesa pojedinca da odredi i promijeni vlastito ime te interesa države da regulira osobno ime svojih državljana. K tome, tu je i uska veza s temeljnim pravima te

⁵ Taylor 1994, 34.

⁶ Matijević, Berislav 2006. Prava osobnosti – pravo na identitet i ime, *Hrvatska pravna revija*, 15.

⁷ Radolović, Aldo 1985. *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, doktorska disertacija, Zagreb, 264.

⁸ Dropulić, Julijano. 2006. Pravo na osobno ime, *Hrvatska pravna revija*, 3, 36.

⁹ Rosolillo, Giulia. 2009. *Identità personale e diritto internazionale privato*, CEDAM, 8-13. (dalje: Rosolillo 2009 (1)); Rosolillo, Giulia. 2009. Personal identity at crossroad between private international law, international protection of human rights and EU law, *Yearbook of Private International Law*, 11, 14. (dalje: Rosolillo, 2009 (2)).

¹⁰ Više o tome vidi u: Lehmann, Matthias. 2008. What's in a name? Grunkin-Paul and beyond, *Yearbook of Private International Law*, 10, 136-137.

multiplicitet supstancijalnih¹¹ i kolizijskih¹² rješenja. Nažalost, upravo zbog isprepletenosti i tenzija između javnog i privatnog, političnog i apolitičnog, trajnog i promjenjivog u oblikovanju individualnog identiteta, upravo u materiji osobnog imena često dolazi do sraza između različitih pravnih kultura i tradicija. Kombinacija nacionalnih kolizijskih odredbi i divergirajućih nacionalnih prava često rezultira neželjenim učincima u vidu „šepajućih“ pravnih odnosa.¹³ To je ujedno i jedan od najvidljivijih nedostataka aktualnog sustava međunarodnog privatnog prava.¹⁴

Unatoč činjenici da im je *raison d'être* posve različit, u nedostatku boljeg rješenja konačnu riječ u zaštiti prostornog kontinuiteta i stabilnosti osobnog imena nerijetko imaju europski supranacionalni sudovi. Međutim sustavno rješenje problema nije ponuđeno ni na supranacionalnoj razini, iako izgradnjom europskog pravosudnog prostora prvobitna ekonomska unija postupno evoluirala i u socijalno orijentiranu tvorevinu. Potreba osiguranja slobode kretanja osoba kontinuirano usmjerava aktivnosti Unije, osim u smjeru zaštite temeljnih gospodarskih sloboda, i u pravcu zaštite temeljnih ljudskih prava. Jedno od takvih prava, i ujedno *condicio sine qua non* slobode kretanja, jest i pravo na zaštitu i stabilnost identiteta i imena u prekograničnom prometu. Međutim, kako statusna pitanja ne spadaju u nadležnost Europske unije nego u nadležnost država članica, primarna pravna zaštita i dalje je u nadležnosti država članica, *ergo* čvrsto ukorijenjena u tradiciji i

¹¹ Kao što je vidljivo iz prakse nacionalnih i nadnacionalnih sudova, znatne su razlike u materijalno-pravnim rješenjima. Neke države dopuštaju veći, a neke minimalan broj imena i prezimena. Glede prezimena, neke predviđaju isključivo patronimska prezimena, dok druge omogućuju kombiniranje prezimena obaju roditelja. U pogledu mogućnosti promjene imena neke se države striktno drže načela nepromjenjivosti osobnog imena (osim u slučaju statusnih promjena), dok su druge popustljivije i ostavljaju više prostora volji stranaka. Lehmann 2008, 137-138.

¹² S obzirom na to da Europska unija još uvijek nije donijela uredbu kojom bi se unificirale kolizijske odredbe o mjerodavnom pravu za osobno ime, ono je i dalje uređeno odredbama nacionalnih kolizijskih propisa. Većina nacionalnih propisa kao poveznicu koristi državljanstvo ili uobičajeno boravište, iako ima i drugačijih rješenja, primjerice u francuskom (državljanstvo roditelja) ili grčkom (zajedničko uobičajeno boravište roditelja) pravu. Osim toga, promjenu osobnog imena često uzrokuju i određene statusne promjene (brak, razvod, posvojenje) koje mogu biti uređene drugačijim poveznicama, pa se često postavlja pitanje koje je pravo mjerodavno u takvim slučajevima. Više o tome vidi u: Sturm, Fritz 1990. *Selbständige uns unselbständige Anknüpfung im deutschen IPR beim Vor- und Familiennamen*, *Das Standesamt*, 350-356.

¹³ Kinsch, Patrick. 2010. Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law, u: *Convergence and Divergence in Private International Law* (Boele-Woelki, K.; Einhorn, T.; Girsberger, D.; Symeonides, S. ur.), Hague: Eleven International Publishing, 2010., 260-261.; Mansel, H.-P. 2010. The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of member States – With comments on the Sayn-Wittgenstein Case before the European Court of Justice, u: *Convergence and Divergence in Private International Law* (Boele-Woelki, K.; Einhorn, T.; Girsberger, D.; Symeonides, S. ur.), Hague: Eleven International Publishing, 2010., 293-294.

¹⁴ Lehmann 2008, 138.

nacionalnom identitetu. S obzirom na to da divergirajuće nacionalne prakse često ne pružaju adekvatnu zaštitu, zalog kontinuiteta i stabilnosti nerijetko se traži u praksi europskih sudova. No, kako je i praksa europskih sudova utemeljena na različitim premisama, pitanje sustavnog rješenja prekograničnog kontinuiteta i stabilnosti osobnog identiteta i imena ostaje i dalje otvoreno pitanje.

Stoga ćemo se u daljnjem tekstu najprije osvrnuti na normativno utemeljenje prava na osobni identitet i ime, potom na praksu supranacionalnih sudova i, nakraju, na mogućnost usvajanja novih pravnih instrumenata koji bi učinkovito poduprli legitimna očekivanja državljana Europske unije u prekograničnom prometu.

2. Pravo na identitet i pravo na ime

Pitanje identiteta u pravu svodi se na priznavanje onih atributa i kvaliteta koji jednu individuu (ili kolektiv) razlikuju od svih ostalih.¹⁵ To znači da osobnost postaje identitetom tek kad je se na određeni način individualizira.¹⁶ Međutim, za razliku od klasične, esencijalističke, koncepcije identiteta koja naglašava statične, nepromjenjive elemente identiteta,¹⁷ većina teoretičara priklanja se mišljenju da taj intrinzični sadržaj svoj puni smisao dobiva tek u odnosu s onime što ga okružuje.¹⁸ Drugim riječima, identitet se formira kroz dijalog i (ponekad) borbu s onima koji nas okružuju, a koji su nam bitni za formiranje identiteta.¹⁹

Neki teoretičari, poput primjerice Halla, zagovaraju dualnu koncepciju identiteta u kojoj razlikujemo intrinzični statični identitet utemeljen na zajedničkom podrijetlu ili povijesti, dakle stabilnom i nepromjenjivom referentnom okviru, te trajno evoluirajući model u kojem je identitet uvijek nepotpun i podložan konstantnoj transformaciji, uvjetovanoj poviješću, kulturom i moći.²⁰

¹⁵ Al Tamimi 2018, 284.

¹⁶ Matijević 2006, 13.

¹⁷ Lavie, Smadar; Swedenburg, Ted, 1996. Introduction: Displacement, Diaspora and Geographies of Identity, u: *Displacement, Diaspora and Geographies of Identity* (Lavie, Smadar; Swedenburg, Ted ur.), Duke University Press, 1996., 1-25.

¹⁸ Eekelar, John. 1994. The interests of the child and the child's wishes: The role of dynamic self-determinism, u: *The Best Interests of the Child: reconciling Culture and Human Rights* (Alston, Philip. ur.), Oxford: Clarendon Press, 1994., 129-148; Wilson, Sarah. 1997. Identity, genealogy and the social family: The case of donor insemination, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2, 270-297.

¹⁹ Wilson 1997, 270-297.

²⁰ Hall, Stuart. 1990. Cultural identity and diaspora, u: *Identity: Community, Culture, Difference* (Rutherford, Jonathan ur.), London: Lawrence & Wishart, 1990., 223-225.

Osobito zanimljivu teoriju, posebice u kontekstu rasprave o imenu kao obilježju identiteta, nudi Derrida u svojim raspravama o pristupu jeziku.²¹ U njegovoj koncepciji jezika riječi ne dobivaju smisao na temelju svoje bazne definicije nego tek u relaciji s drugim riječima. Primjerice riječ robot svoj smisao dobiva tek u odnosu s riječju čovjek, jer ukazuje na različitost robota od čovjeka. Dakle, da bi jezik imao ikakav smisao, mora biti konstruiran oko temeljnih oprečnosti, koje Derrida označava pojmom *différance*.

Prema Redmanu, takvo poimanje značenja jezika ima značajne implikacije i na shvaćanje identiteta.²² Ponajprije, sadržaj pojma *différance* upućuje na zaključak da ni identitet nije fiksna, statična, kategorija jer njegov sadržaj nije moguće temeljiti ni na kakvoj esencijalističkoj definiciji. Nadalje, kao i kod riječi, smisao identiteta manifestira se isključivo u odnosu prema okruženju. Identitet dobiva svoj sadržaj tek u relaciji s različitostima inherentnim drugom/stranom jeziku i kulturi. Konačno, pojam *différance* ukazuje i na implicitnu nestabilnost tako stvorenog identiteta jer svaka promjena okoline predstavlja i potencijalnu prijetnju dotadašnjem poimanju identiteta.²³

Rečeno neminovno upućuje na zaključak da identitet, baš kao i svaki drugi pojam (ako govorimo o jeziku), odnosno svaka druga pojava (ako govorimo o materijalnom svijetu), funkcionira na bazi isključivosti. Svaki identitet, u odnosu na sve ostale identitete, na svojoj margini ima suvišak, nešto što ga diferencira u odnosu na sve „druge“.²⁴ Prema Laclauu, „konstituiranje društvenog identiteta je čin moći“²⁵ jer se formira u odnosu na dominirajuće identitete u okviru određene društvene zajednice, a oni su uvjetovani „temeljnim političkim procesima u podlozi državne moći“²⁶. U okviru takvog modela svaki je pojedinac ujedno i predstavnik cjeline,²⁷ a uvjeti stjecanja dominantnog identiteta određeni su mehanizmom moći (tj. pravnim okvirom) koji im to omogućava.²⁸

²¹ Derrida, Jacques. 1991. *Différance*, u: *A Derrida Reader: Between the Blinds* (Kampuf, Peggy ur.), New York: Columbia University Press, 1991., 59-79.

²² Redman, Peter. 2000. Part I. Introduction, u: *Identity: A Reader* (Du Gay, Paul; Evans, Jessica; Redman, Peter ur.), London: SAGE, 2000., 12.

²³ Grossberg, Lawrence. 1996. Identity and cultural studies: Is there all there is?, u: *Questions of Cultural Identity* (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996., 90.

²⁴ Du Gay, Paul. Questions of cultural identity u: *Who needs identity* (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996., 5.

²⁵ Laclau, Ernesto. 1990. *New Reflections on the Revolution of Our Time*, London: Verso, 31.

²⁶ Laclau 1990, 32.

²⁷ Grossberg 1996, 87.

²⁸ Laclau 1990, 32.

Prema Radoloviću, „pravo na identitet ukazuje se kao čisti relacijski odnos između pravnog subjekta i svih drugih pravnih subjekata određene društvene zajednice, koji su dužni poštovati takvo subjektivno pravo određenog nositelja tog prava.”²⁹ To implicira da pravo na identitet uključuje ne samo priznavanje identiteta formiranog u relaciji s drugima nego, prema potrebi, i njegovu zaštitu.³⁰

Sve navedeno moguće je prepoznati i u odnosu na pravo na ime. Naime još od pretpovijesnog razdoblja i buđenja svijesti o ljudskoj individualnosti osobno ime neraskidivo je vezano uz pitanje identiteta.³¹ Tako je već kod mnogih starih naroda ime jedna od bitnih dimenzija i uvjet socijalne egzistencije individuuma,³² a i implikacija njegovog društvenog položaja.³³ Pravna zaštita osobnog imena prisutna je već u prvim građanskopravnim kodifikacijama, koje ga štite najprije kao imovinsko pravo, a potom kao pravo osobnosti;³⁴ odnosno, u državama *common lawa*, kao pravo na privatnost.³⁵

Radi se o pravu koje se ubraja u kategoriju kvalificiranih temeljnih prava, tj. pravu koje može biti limitirano ako je u konfliktu s drugim pravima.³⁶ U slučajevima u kojima to individualno pravo kolidira s kolektivnim pravima zakonodavci i sudovi neminovno ga moraju balansirati i/ili rangirati.³⁷ U kontekstu prekograničnog priznavanja imena to otvara brojna pitanja – pravna, politička, društvena.³⁸

U svakom slučaju, najveći teret leži na nadležnim nacionalnim tijelima. Pitanje određivanja imena i dalje je uređeno uglavnom nacionalnim propisima. Sud stvara pretpolitički konstrukt identiteta koji se pridržava prihvaćenih normi države i procjenjuje traženje podnositelja zahtjeva, „višak identiteta“, kroz taj konstrukt.³⁹ Potreba zaštite nacionalnog identiteta i nacionalnog jezika, kao sredstva očuvanja tradicije i kolektivnog identiteta, sama po sebi dovodi do indirektno diskriminacije na temelju etniciteta.⁴⁰ Odatle jasno proizlazi da u prekograničnim

²⁹ Radolović 1985, 262.

³⁰ Taylor 1994, 149.

³¹ Dropulić 2006, 122.

³² Višić, Marko. 1993. *Književnost drevnog Bliskog istoka*, Zagreb: Naprijed, 41.

³³ Hlača, Nenad. 1996. Osobno ime i obiteljskopравни odnosi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 46.68.; Romac, Ante. 1987. *Rimsko pravo*, Zagreb: Narodne novine, 84-85.

³⁴ Vidi: Dropulić, 2006, 125-126, i tamo navedeni autori

³⁵ Dropulić 2006, 126.

³⁶ Više o tome vidi u: Marshall, Jill. 2009. *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 4 i 34.

³⁷ Dagilte, Egle; Stasinopoulos, Panos; Łazowski, Adam. 2015. The importance of being earnest: Spelling of names, EU citizenship and fundamental rights, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 11, 2.

³⁸ Dagilte, Stasinopoulos, Łazowski 2015, 2.

³⁹ Al Tamimi 2018, 295.

⁴⁰ Kochenov, Dimitry; Poleshchuk, Vadim; Dimitrovs, Aleksejs. 2013. Do Professional Linguistic Requirements Discriminate? A Legal Analysis: Estonia and Latvia in the Spotlight, *European Yearbook on Minority issues*, 10, 137.

predmetima koji se odnose na osobni identitet i ime spomenuta pravila mogu biti u sukobu s temeljnim ljudskim pravima, a mogu predstavljati i zapreku ostvarivanju temeljnih sloboda unutar europskog pravosudnog prostora. Stoga ne čudi da su se pitanjem kontinuiteta osobnog imena u više navrata bavili i Europski sud za ljudska prava i Sud Europske unije.

3. Zaštita identiteta i imena u praksi Suda za ljudska prava

Praksa Europskog suda za ljudska prava nedvojbeno ukazuje na to da je zaštita identiteta i osobnog imena moguće ostvarivati na temelju različitih odredaba Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP).⁴¹ Tako se na temelju članka 8. štiti pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, na temelju članka 9. sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti, odnosno na temelju članka 11. pravo na slobodu okupljanja i udruživanja te na temelju članka 14. zabrana diskriminacije. Ipak, relevantna praksa Suda za ljudska prava vezana uz prekogranični kontinuitet i stabilnost osobnog imena najčešće se temelji upravo na članku 8. EKLJP-a.

Međutim, kao što to navodi Bhabha, i praksa Suda za ljudska prava pokazuje da pojedinac koji na različite načine pripada određenoj nacionalnoj državi teško može pronaći utočište isključivo u generalno formuliranim ljudskim pravima.⁴² To stoga što su i međunarodni sporazumi, kakav je i EKLJP, samo sredstvo komunikacije među različitim nacijama,⁴³ što upućuje na zaključak da izvan okvira nacionalnog identiteta još uvijek ne postoji samostalni referentni okvir. U prilog navedene tvrdnje govori i članak 4. Ugovora o Europskoj uniji⁴⁴ koji kao jedno od temeljnih načela ističe upravo zaštitu nacionalnog identiteta.⁴⁵ Tu je i niz drugih međunarodnih instrumenata koji eksplicitno ili implicitno štite pravo na identitet namećući državama ugovornicama obvezu poduzimanja pozitivnih mjera radi zaštite i promicanja očuvanja i razvoja osobnog identiteta.⁴⁶

⁴¹ NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

⁴² Bhabha, Homi K. 2000. On minorities: Cultural rights, *Radical philosophy*, 100 Mar/Apr 2000, 3-6.

⁴³ Huddart, David. 2006. *Homi K. Bhabha*, London – New York: Routledge, 131.

⁴⁴ Sl. 1. EU C 202/13 od 7. 6. 2016. (pročišćena verzija).

⁴⁵ Čl. 4. st. 2. UEU: „Unija poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihove nacionalne identitete, koji su neodvojivo povezani s njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. (...)”

⁴⁶ Tako primjerice članak 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.), članak 8. Konvencije UN-a o pravima djeteta (1989.), članak 24. stavak 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966.), članci 9., 16. i 30. Haške konvencije o međunarodnom posvojenju itd. Više o tome vidi u: Župan, Mirela. 2020. Identity of a child in cross-border legal transit (Naming law at focus), *Human Rights Protection Yearbook, Protection of the rights of the child „30 years after the adoption of the Convention on the rights of the child“*, 2019, 548-550.

U praksi Europskog suda za ljudska prava pravo na identitet i pravo na ime, kao jedan od elemenata osobnog identiteta, štite se u kontekstu prava na privatni i obiteljski život (članak 8. EKLJP-a).⁴⁷ Radi se o kvalificiranom pravu koje može biti ograničeno pod uvjetom da je ograničenje zakonito, usmjereno na točno određeni cilj, nužno u demokratskom društvu i proporcionalno.⁴⁸ U predmetima koji se tiču osobnog imena takva su ograničenja relativno česta, imaju za cilj zaštitu kolektivnih interesa, poput jezika, tradicije, nacionalne povijesti, osiguranja jednakosti svih građana itd.⁴⁹

S obzirom na okolnost da se Europski sud za ljudska prava uglavnom fokusira na procjenu kompatibilnosti nacionalnih odredaba i/ili praksi s temeljnim ljudskim pravima, većina predmeta odnosi se na „čisto“ unutarnje situacije, no to ne znači da nema i predmeta s međunarodnim elementom. Prostorni kontinuitet imena, tj. njegova opstojnost i izvan granica države podrijetla, ima dualnu ulogu. S jedne strane omogućuje pojedincu da ima isto ime u bilo kojoj državi u koju uđe, a s druge strane omogućuje državnom aparatu sigurnu identifikaciju pojedinca.⁵⁰ Imajući to u vidu, Europski sud za ljudska prava osnažio je pravo na jedno ime, čiji je kontinuitet potrebno štiti i u prekograničnim predmetima koristeći sva raspoloživa pravna sredstva, uključujući neprimjenu nacionalnih kolizijskih odredaba i odredaba o priznavanju stranih sudskih i administrativnih odluka.⁵¹

Odluke Suda za ljudska prava koje se tiču prekograničnih predmeta vezanih uz osiguranje kontinuiteta i stabilnosti osobnog imena moguće je podijeliti u dvije grupe. Prvu sačinjavaju one odluke u kojima se traži osiguranje kontinuiteta osobnog imena kroz priznavanje novog osobnog imena stečenog u nekoj drugoj državi. Tako je primjerice zaštita osobnog imena u predmetu *Burghartz*⁵² osigurana pozivanjem na članak 14. (zabrana diskriminacija) i članak 8. (pravo na privatni

⁴⁷ Al Tamimi 2018, 288.

⁴⁸ Marshall 2009, 4.

⁴⁹ Župan 2020, 553.

⁵⁰ Rosolillo 2009(2), 147.

⁵¹ Marino, Silvia. 2016. *The cross-border continuity of personal identity in the European Union*, London: UACES 46th Annual Conference, 3.

⁵² Application no. 16213/90 *Burghartz v. Switzerland*, od 22. 4. 1994. Tužitelji, gospođa Burghartz (švicarska i njemačka državljanka) i gospodin Burghartz (švicarski državljanin), s prebivalištem u Švicarskoj, vjenčali su se u Njemačkoj. Sukladno njemačkim propisima, odabrali su ime supruge kao obiteljsko ime. Po povratku u Švicarsku utvrdili su da je u švicarskom matičnom uredu kao obiteljsko prezime upisano suprugovo prezime. Tužitelji su zatražili ispravak obiteljskog prezimena i da suprug, uz suprugino, zadrži i vlastito prezime s obzirom na to da ga isto čini prepoznatljivim u akademskoj zajednici čiji je član. Za razliku od zahtjeva za ispravkom obiteljskog prezimena koji je usvojen, zahtjev da suprug uz obiteljsko zadrži i vlastito prezime odbijen je.

život) EKLJP-a. Sud je smatrao da osobno ime, koje je već postalo poznato i u profesionalnim krugovima, čini integralni dio privatnog života te osobe, a i sredstvo je njegove identifikacije u društvu te u profesionalnoj okolini: „Kao sredstvo osobne identifikacije i povezivanja s obitelji ime osobe ipak se tiče njegovog ili njezinog privatnog života. Činjenica da društvo i država imaju interes regulirati upotrebu osobnog imena to ne isključuje, budući da je ovaj aspekt javnog prava kompatibilan s privatnim životom i do izvjesnog stupnja s pravom uspostavljanja odnosa s drugim ljudima, upotreba u profesionalnom ili poslovnom kontekstu, kao i u svim ostalim.“⁵³ Naravno, tu je i niz drugih predmeta kojima je Sud naknadno potvrdio da pravo na privatni život uključuje i poštovanje osobnog identiteta, s posebnim osvrtnom na osobno ime kao integralni dio identiteta i sredstvo identifikacije.⁵⁴

Drugu grupu sačinjavaju one odluke u kojima se traži osiguranje kontinuiteta osobnog imena kroz pravo na zadržavanje istog osobnog imena, kao sredstva osobne identifikacije, u nekoj drugoj državi. Iako se, zbog specifičnog činjeničnog sklopa, odluka u predmetu *Burghartz* djelomično uklapa i u ovu kategoriju, odluka u predmetu *Kismoun*⁵⁵ temelji se isključivo na članku 8. EKLJP-a. U navedenom predmetu tužitelj od države članice Europske unije traži zadržavanje osobnog imena (imena i prezimena) pod kojim je registriran u državi ne-članici i kojim se koristi veći dio života i stoga ga doživljava kao dio osobnog identiteta. Sud je zaključio da je pravo na ime u funkciji osobne identifikacije u privatnoj sferi. Posljedično tome, sve države ugovornice EKLJP-a imaju pozitivnu obvezu balansiranja interesa pojedinca da ima jedno osobno ime i interesa države vezanih uz identifikaciju svojih građana. Sud je potvrdio da, s obzirom na prisutnost javnog interesa u ovom predmetu, država ima široku diskrecijsku ocjenu, ali da

⁵³ Paragraf 24. Odluke Suda za ljudska prava.

⁵⁴ Application no. 38/1993/433/512 *Stjerna v. Finland*, od 25. 11. 1994.; Application no. 11369/05 *Golemanova v. Bulgaria*, od 17. 2. 2011.; Application no. 56759/08 *Negrepontis-Gianninis v. Greece*, od 3. 5. 2011., etc.

⁵⁵ Application no. 32265/10 *Henry Kismoun v. France*, od 5. 3. 2014. Tužitelj dvojnog državljanstva, alžirskog po ocu i francuskog po majci, u evidenciji građanskih stanja u Francuskoj registriran je pod majčinim prezimenom Henry. U trenutku pokretanja postupka roditelji više nisu živi. Nakon što ga je, u dobi od tri godine, zajedno s bratom i sestrom, napustila majka, djecu uzima otac i 1961. godine odvodi u Alžir. Otac, obitelj i prijatelji tužitelja su oduvijek nazivali Kismoun. U Alžiru se pod tim prezimenom školovao (1963. – 1970.) te služio vojsku (1975. – 1977.). Pod tim je prezimenom upisan u evidenciju građanskih stanja u Alžiru. Posredovanjem francuskog konzulata u Alžiru, tužitelj je 1977. godine pokušao uspostaviti kontakt s majkom, koja ga je obavijestila da to ne želi. Tom je prilikom saznao i da je u Francuskoj registriran kao Christian Henry, a ne kao Cherif Kismoun, kao u Alžiru. Tužitelj je u Francuskoj tražio ispravak osobnog imena ali mu je zahtjev višekratno odbijan, uključujući i odbijenicu koju je 2003. godine dobio od ministra pravosuđa.

je neuvažavanjem prava pojedinca na jedno osobno ime tu diskrecijsku ocjenu primijenila pogrešno.

Očito je da praksa Suda za ljudska prava sugerira vidljivu tenziju između političkog i apolitičnog kao zajedničke niti u pristupu identitetu od strane suda.⁵⁶

4. Zaštita identiteta i imena u praksi Suda Europske unije

Zaštitom identiteta, a time i osobnog imena, u prekograničnim predmetima u više se navrata bavio i Sud Europske unije. Radi se o predmetima: *Konstantinidis*, *Garcia Avello*, *Grunkin Paul*, *Sayn-Wittgenstein*, *Runevič-Vardyn*, *Freitag* te *Bogendorff von Wolffersdorff*. No njegov je pristup problematici osobnog imena znatno drugačiji nego u slučaju Europskog suda za ljudska prava.

S obzirom na to da Europska unija nije ugovornica međunarodnih sporazuma koji reguliraju tu materiju te s obzirom na primarno gospodarsku svrhu europskog udruživanja, tek usvajanjem Europske povelje o temeljnim ljudskim pravima 2000. godine⁵⁷ Sud Europske unije i formalno je vezan voditi računa o temeljnim ljudskim pravima.⁵⁸ Obveza poštovanja privatnog i obiteljskog života eksplicitno je normirana člankom 7. Povelje, i to gotovo identično kao što je to normirano člankom 8. EKLJP-a. Sukladno stavku 3. članka 52. Povelje, razina zaštite temeljnih ljudskih prava uspostavljena EKLJP-om, predstavlja minimalni standard, koji je moguće proširivati.

Ta promjena polako se počinje reflektirati i u praksi Suda Europske unije. Za razliku od ranijih predmeta vezanih uz problematiku prekogranične stabilnosti osobnog imena u kojima se pitanje ljudskih prava gotovo pa nije ni spominjalo, počevši s predmetom *Sayn-Wittgenstein*, Sud je (makar uzgredno) u svoje odluke počeo uključivati referencu na pravo na osobni identitet kao temeljno ljudsko pravo.⁵⁹

Međutim prekogranična stabilnost osobnog identiteta, a time i osobnog imena, prepoznata je kao jedan od uvjeta ostvarivanja temeljnih prava i sloboda zagaraniranja svakom građaninu Unije.⁶⁰ Upravo na toj platformi, a ne na priznavanju osobnog statusa kao temeljnog ljudskog prava, Sud Europske unije temelji većinu svojih odluka

⁵⁶ Al Tamimi 2018, 296.

⁵⁷ Sl. l. EZ C 364/1 od 18. 12. 2000.

⁵⁸ Craig, Paul; De Burca, Grainne. 2015. *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 383-384.

⁵⁹ Sud EU, C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, toč. 52 (pravo na ime kao konstitutivni element identiteta i privatnog života); Sud EU, C-391/09 *Runevič-Vardyn and Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291, toč. 66; Sud EU, C-438/14 *Bogendorff von Wolffersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401, toč. 35.

⁶⁰ Više o tome vidi u: Čapeta, Tamara; Rodin, Siniša. 2011. *Osnove prava Europske unije*, Zagreb: Narodne novine, 91-114; Ehlers, Dirk (ur.). 2011. *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, Boston: De Gruyter, 2007.

vezanih uz osobno ime. Temeljna ljudska prava evidentno su supsidijarnog karaktera i u funkciji gospodarskih sloboda.

Tako je u predmetu *Konstantinidis*⁶¹ Sud Europske unije osigurao zaštitu osobnog imena u kontekstu zaštite prava na slobodu nastana i slobodu pružanja usluga, odnosno zaštite temeljnih gospodarskih sloboda. S obzirom na to da su i pogrešna transkripcija i ispravna transliteracija u konkretnom slučaju podjednako mijenjale fonetske značajke imena, Sud je to protumačio kao potencijalnu zapreku ostvarivanju temeljnih gospodarskih sloboda.

U svim ostalim predmetima Sud Europske unije svoju je odluku utemeljio na državljanstvu Unije, načelu nediskriminacije i pravu na slobodu kretanja.

U predmetu *Garcia Avello*^{62, 63} Sud Europske unije prvi je put eksplicitno istaknuo vezu između prava na slobodu kretanja i potrebe zaštite stabilnosti osobnog imena.⁶⁴ Svoju je odluku utemeljio na prilično širokom poimanju diskriminacije. Naveo je da načelo nediskriminacije nalaže da se jednake situacije trebaju tretirati jednako, a nejednake nejednako, osim ako je postupanje utemeljeno na objektivnim razlozima nevezanim za državljanstvo odnosno osobe te proporcionalno u

⁶¹ Sud EU, C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig*, ECLI:EU:C:1993:115. Grčki državljani Konstantinidis, koji je sklopio brak u Njemačkoj, tražio je ispravak osobnog imena upisanog u prijepis vjenčanog lista, s obzirom na to da je u njemu prezime upisano kao fonetska inačica njegova prezimena na grčkom, a na temelju transkripcije njegova prezimena na latinično pismo u njegovu grčku putovnicu. Radi usklađivanja prezimena upisanog u vjenčani list s prezimenom upisanim u rodni list, njemačko nadležno tijelo zatražilo je prijevod rodnog lista. S obzirom na to da je prijevod obavljen na temelju norme ISO-18, koja predviđa transliteraciju, prijepisom je izobličen izgovor prezimena tužitelja. Tužitelj je potom zatražio pravnu zaštitu, a nadležni njemački sud obratio se Sudu EU.

⁶² Sud EU C-148/02 *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539. Španjolski državljani prezimena Garcia Avello i belgijska državljanka prezimena Weber, s prebivalištem u Belgiji, dobili su dvoje djece, dvojnog državljanstva (belgijskog i španjolskog). Prilikom upisa u maticu rođenih belgijski je matičar u skladu s belgijskim pravom djecu upisao s očevim prezimenom Garcia Avello. S obzirom na to da su, prilikom upisa pri španjolskom veleposlanstvu, u skladu sa španjolskim pravom, djeca upisana s prezimenom Garcia Weber, roditelji su od belgijskog nadležnog tijela zatražili ispravak upisa. Nakon što im je zahtjev odbijen i predložena promjena prezimena djece u Garcia, roditelji su se obratili Ministarstvu pravosuđa, koje im je odgovorilo da je, u skladu s belgijskim pravom, takva promjena moguća isključivo na temelju kraljeva dopuštenja, a da u konkretnom slučaju ne postoje dostatni razlozi za traženje takvog odobrenja. Roditelji su, potom, od belgijskog Državnog savjeta zatražili poništaj navedene odluke. U dvojbi oko usklađenosti belgijskog prava s pravom Europske unije, Državni savjet uputio je zahtjev Sudu EU.

⁶³ Više o predmetu vidi u: Ballarino, Tito; Ubertaini, Benedetta. 2004. On Avello and other judgements: A new point of departure in the conflict of laws?, *Yearbook of Private International Law*, 6, 85-128.

⁶⁴ Winkler, Sandra. 2013. Pravo na osobno ime u praksi europskih sudova, u: *Europsko obiteljsko pravo* (Bodiroga-Vukobrat, Nada; Hlača, Nenad; Hrabar, Dubravka; Jakovac-Lozić, Dijana; Korać Graovac, Aleksandra; Lapaš, Davorin; Majstorović, Irena; Medić Musa, Ines; Novak, Barbara; Sikirić, Hrvoje; Smokvina, Vanja; Winkler, Sandra; Žnidaršić Skubic, Viktorija; Župan, Mirela) Zagreb: Narodne novine, Zagreb, 137.

odnosu na zakoniti cilj.⁶⁵ Zaključio je da su dvojni državljani u drugačijoj situaciji u odnosu na državljane koji imaju državljanstvo samo jedne države, jer prema pravima obiju država čiji su državljani mogu imati različito osobno ime.

Istaknuo je da eventualni nesklad u prezimenima, kao u konkretnom slučaju, može prouzročiti ozbiljne neugodnosti, kako u profesionalnom tako i u privatnom životu – a vezano uz korištenje i pravni učinak diploma i osobnih dokumenata izdanih u jednoj državi čiji nositelji imaju državljanstvo u drugoj državi čije državljanstvo također imaju.⁶⁶ Stoga, „upravnim tijelima jedne države, u okolnostima kao u predmetnom slučaju, nije dopušteno odbiti zamolbu izmjene prezimena maloljetnoj djeci, koja su državljani više država članica Unije, ako se tim zahtjevom želi postići da djeca nose prezime koje bi inače nosila na temelju prava i tradicije druge države čiji su državljani“⁶⁷. U najkraćim crtama, u okolnostima kakve su u ovom slučaju, odluke koje se tiču imena registriranog u drugoj državi članici moraju se prihvatiti kao *faits accomplis*.

U predmetu *Grunkin Paul*⁶⁸ Sud Europske unije ponovno je istaknuo potrebu usklađenosti nacionalnih zakonodavstava s odredbama prava Europske unije. Podsjetio je i da nacionalni propis koji pojedine vlastite državljane dovodi u nepovoljniji položaj, samo zbog toga što su ostvarivali slobodu kretanja i boravka u drugoj državi članici, predstavlja ograničenje temeljnih sloboda.⁶⁹ Iako nije utvrdio postojanje diskriminacije, utvrdio je postojanje zapreke slobodi kretanja. Ponovio je da ozbiljne neugodnosti mogu podjednako nastati u situaciji dvojnog državljanstva dotičnih osoba i u situaciji kada je u državi rođenja i boravišta određivanje prezimena povezano s boravištem, dok je u državi čije državljanstvo te osobe imaju to određivanje povezano s državljanstvom.⁷⁰ Prema mišljenju Suda Europske unije, nijedan od razloga navedenih u prilog tome da se određivanje prezimena osobe povezuje s državljanstvom te osobe, bez obzira na to koliko ti

⁶⁵ Toč. 31. Odluke Suda EU.

⁶⁶ Toč. 36. Odluke Suda EU.

⁶⁷ Toč. 45. Odluke Suda EU. Prijevod preuzet iz: Winkler, Sandra. 2011. Praksa Europskog suda o korištenju više prezimena, u: *Zbirka presuda Europskog suda (Izbor recentne prakse)* (Bodiroga-Vukobrat, Nada; Đerđa, Dario; Pošćić, Ana ur.), Zagreb: Inženjerski biro, 2011., 146.

⁶⁸ Sud EU, C-353/06 *Grunkin Paul*, ECLI:EU:C:2008:559. Za vrijeme života u Danskoj, njemački državljani prezimena Grunkin i Paul dobili su dijete, koje je također njemački državljanin i koje je na temelju danskog prava dobilo prezime Grunkin-Paul. Na temelju odredaba njemačkog prava koje zabranjuje dvojno prezime, njemački matični ured odbio je priznati prezime djeteta kako je određeno u Danskoj. Nedugo potom roditelji su se razveli a da nisu odredili obiteljsko prezime već su ponovno zatražili od nadležnog tijela upis prezimena kako je stečeno u Danskoj. Kada je i taj zahtjev odbijen, roditelji su se obratili nadležnom njemačkom sudu, koji je, u dvojbi oko usklađenosti odredaba njemačkog prava s pravom Europske unije, uputio zahtjev Sudu EU.

⁶⁹ Toč. 21. Odluke Suda EU.

⁷⁰ Toč. 24. Odluke Suda EU.

razlozi sami po sebi bili legitimni, nije toliko važan da bi se njime, u okolnostima kao što su one u glavnom postupku, opravdalo odbijanje nadležnih tijela države članice da priznaju prezime djeteta kako je već određeno i registrirano u drugoj državi članici u kojoj je dijete rođeno i u kojoj boravi od rođenja te koje, kao i njegovi roditelji, ima samo državljanstvo prve države članice.⁷¹

Navedeni je predmet po mnogočemu zanimljiv. To je prvi slučaj da je Sud Europske unije „prisilio“ državu članicu na priznanje prezimena stečenog u drugoj državi u kojoj je njezin državljanin rođen i u kojoj živi. Time je, na indirektan način, ograničio isključivu nadležnost države članice da odredi ime i onih vlastitih državljana koji ne posjeduju drugo državljanstvo. Ujedno je osnažio autonomiju roditelja omogućujući im izbor između imena danog u državi rođenja i imena danog u državi čije je dijete državljanin. Pokazao je i odlučnost da stane na kraj šepajućim pravnim odnosima. Međutim, otvorio je neke druge „fronte“, prije svega pitanje o mogućim drugačijim (sustavnim) rješenjima te problematike.⁷²

U predmetu *Sayn-Wittgenstein*,⁷³ uz uobičajenu kontrolu temeljnih sloboda, Sud Europske unije prvi je put u odluci vezanoj za osobno ime eksplicitno naveo obvezu poštovanja osobnog identiteta kao temeljnog ljudskog prava, u prilog čemu se poziva i na relevantnu praksu Suda za ljudska prava.⁷⁴

Sud je utvrdio da odluka nacionalnog suda o nemogućnosti izmjene osobnog imena predstavlja ozbiljnu neugodnost za tužiteljicu,⁷⁵ a i zapreku slobodi kretanja teritorijem Europske unije. Međutim, podržao je stav austrijske Vlade da se navedenim ograničenjem štiti nacionalni identitet⁷⁶ te jednakost svih građana

⁷¹ Toč. 31. i 39. Odluke Suda EU.

⁷² Više vidi u: Lehman 2008, 149-163.

⁷³ Sud EU-a, C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806. Tužiteljica, austrijska državljanka, 1991. godine, za vrijeme života u Njemačkoj, na temelju posvojenja od strane njemačkog državljanina, promijenila je dotadašnje prezime u prezime posvojitelja. Unatoč činjenici da je u Austriji ustavnim zakonom ukinuto plemstvo, a da je prezime posvojitelja sadržavalo plemićku titulu, austrijsko nadležno tijelo upisalo je novo ime tužiteljice u matičnu knjigu rođenih. Na temelju tog upisa izdavane su joj u Austriji isprave o državljanstvu i putovnica; na temelju tog imena izdana joj je u Njemačkoj vozačka dozvola, a registrirala je i poduzeće za promet nekretninama. Međutim, nakon što je 2003. godine, u predmetu sa sličnim činjeničnim sklopom, austrijski Ustavni sud presudio da sukladno austrijskom pravu austrijski državljani ne smiju nositi plemićke titule, predsjednik pokrajinske vlade u Beču naredio je ispravak tog upisa. S obzirom na to da njezin prigovor nije uvažen, tužiteljica se obratila nadležnom Upravnom sudu sa zahtjevom za poništaj odnosno odluke. U dvojbi oko usklađenosti austrijskog prava s pravom Europske unije, Upravni sud uputio je zahtjev Suda EU.

⁷⁴ Toč. 52. Odluke Suda EU.

⁷⁵ Toč. 63. – 71. Odluke Suda EU.

⁷⁶ Ovo nije prvi predmet u kojem je Sud EU zaštitio nacionalni identitet (normiran čl. 4. st. 2. Ugovora o EU). To je napravio već ranije, u predmetima *Groener* (Sud EU, C- 379/87, ECLI:EU:C:1989:599) i *Omega* (Sud EU, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614). Međutim, to je prvi predmet u kojem se Sud EU eksplicitno pozvao na klauzulu (nacionalnog) identiteta. Klauzula identiteta ili tzv. Christophersen klauzula razvijena je još

pred zakonom.⁷⁷ Drugim riječima, ograničenje koje predviđa nacionalno zakonodavstvo opravdano je zaštitom javnog poretka.

U predmetu *Runevič-Vardyn*⁷⁸ Sud Europske unije priznao je potrebu zaštite bogatog europskog nasljeđa,⁷⁹ ali je i ponovio da takvi naponi ne bi smjeli neproporcionalno utjecati na temeljna prava državljana Unije te da je ocjena proporcionalnosti mjere u okvirima slobodne ocjene nadležnog nacionalnog tijela. U odnosu na postupak izmjene imena zaključio je da nema elemenata diskriminacije, a vezano uz izostanak dijakritičkih znakova zaključio je da to ne predstavlja povredu prava na slobodu kretanja, s obzirom na to da se takvi znakovi i inače često ispuštaju uslijed različitih tehničkih ograničenja.⁸⁰ Svojom odlukom Sud Europske unije zaštitio je nacionalni jezik Litve kao dio njezina nacionalnog identiteta, odnosno nacionalnog javnog poretka.

U predmetu *Bogendorff von Wolffersdorff*⁸¹ Sud Europske unije ponovio je da, iako su pravila koja uređuju upis u knjige o građanskim stanjima prezimena i

tijekom razrade nikad usvojenog Ustava za Europu. Današnja varijanta klauzule ponešto je izmijenjena u odnosu na originalnu, i to na štetu jasnoće i njezine uloge u europskom pravnom poretku. Prema mišljenju nekih autora, mogla bi poslužiti rekonceptualizaciji odnosa između europskog i nacionalnog prava, u smislu približavanja doktrine apsolutnog prvenstva europskog prava (koju zagovara Sud Europske unije) u odnosu na nacionalno (uključujući i ustavno) pravo, i doktrine relativnog prvenstva europskog prava (koju slijede neki ustavni sudovi). Tako: Von Bogdany, Armin; Schill, Stephan W. 2011. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty, *Common Market Law Review*, 48, 1421. Vidi i: Novak, Stjepan. 2020. Dijalozi između ustavnih sudova država članica Europske unije i Suda Europske unije, *Pravni vjesnik*, 3-4, 113-136.

⁷⁷ Toč. 74. Odluke Suda EU.

⁷⁸ Sud EU, C-391/09 *Runevič-Vardyn and Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291. Tužiteljica, litavska državljanka poljske nacionalnosti, nakon sklapanja braka s poljskim državljaninom Wardynom, zatražila je od litavskog nadležnog tijela ispravak svojeg osobnog imena u rodnom i u vjenčanom listu. Navela je da je u rodnom listu izdanom od nadležnog litavskog tijela po rođenju pri upisu njezina imena, umjesto upisa originalnog imena s poljskim dijakritičkim znakovima, korištena transkripcija (u svrhu postizanja fonetske usklađenosti s litavskim jezikom) te ćirilčno pismo, a da joj je naknadno izdan rodni list s istim transkribiranim imenom napisan na latiničnom pismu. Navela je i da joj je i u vjenčanom listu bračno prezime napisano u skladu s litavskim pismom, pa je umjesto Runevič-Vardyn upisana kao Runevič-Vardyn. Kako joj je za vrijeme boravka i rada u Poljskoj poljsko nadležno tijelo izdalo rodni list s osobnim imenom napisanim u skladu s pravilima poljskog jezika, a također i vjenčani list s osobnim imenima nje i supruga napisanim u skladu s pravilima poljskog jezika, zatražila je od nadležnog litavskog tijela ispravak imena i prezimena u rodnom i vjenčanom listu. Njezinu zahtjevu pridružio se i suprug u dijelu koji se odnosi na ispravak osobnog imena u vjenčanom listu navodeći da je njegovo ime transliterirano u litavski jezik dok je prezime upisano u skladu s pravilima poljskog jezika. S obzirom na to da je nadležno litavsko tijelo, pozivajući se na odredbe litavskog prava koje ne dopuštaju ispravke, odbilo provesti tražene ispravke te na raniju odluku litavskog Ustavnog suda kojom potvrđuje da osobna imena moraju biti u skladu s pravilima litavskog službenog jezika, nadležni litavski sud obratio se Sudu EU.

⁷⁹ Toč. 86. Odluke suda EU.

⁸⁰ Toč. 81. i 82. Odluke Suda EU.

⁸¹ Sud EU, C-438/14 *Bogendorff von Wolffersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401. Tužitelj, njemački državljanin Nabel Bagdadi, u upravnom postupku za promjenu imena najprije je promijenio ime u Nabel Peter Bogendorff da bi potom, slijedom posvojenja, ponovno promijenio ime u Nabel Peter Bogendorff von Wolffensdorff. Tijekom 2001. godine preselio se u Veliku Britaniju, gdje je tijekom 2004. godine naturalizacijom stekao

imena osobe u nadležnosti država članica, one ipak prilikom izvršavanja te nadležnosti moraju poštovati pravo Unije i osobito odredbe Ugovora koje se odnose na slobodu priznatu svakom građaninu Unije da se kreće i boravi na državnom području država članica.⁸²

U vezi s (ne)postojanjem ograničenja naveo je četiri razloga kojima bi se moglo opravdati odbijanje priznanja i upisa imena i prezimena koje je tužitelj u glavnom postupku stekao u drugoj državi članici. Ti su razlozi vezani za načela određenosti i kontinuiteta imena, okolnost da je promjena imena u drugoj državi članici bila namjeran izbor, neovisan i bez ikakve veze s promjenom osobnog statusa slijedom primjene odredaba obiteljskog prava, duljinu i složenost izabranog imena kao i za razloge povezane s njemačkim ustavnim izborom i ukidanjem plemićkih titula.⁸³ U pogledu prvog razloga, Sud je naveo da zabrana promjene osobnog imena neovisno o promjeni statusa, a radi održavanja kontinuiteta imena, sama po sebi ne može opravdati odbijanje priznavanja prezimena valjano stečenog i registriranog u drugoj državi članici. U pogledu drugog razloga, naveo je da dobrovoljna promjena imena sama po sebi ne ugrožava javni nacionalni poredak, pa da ni sama ta činjenica ne opravdava takvo ograničenje. To tim više što je osobno ime konstitutivni element identiteta, koji je zaštićen i odredbama EKLJP-a i Europske povelje o temeljnim ljudskim pravima. U pogledu posljednjeg razloga, Sud je utvrdio da su svi privilegiji i nejednakosti vezani uz rođenje ili stanje ukinuti, osim onih plemićkih titula koje su se stvarno koristile prilikom stupanja na snagu Weimarskog ustava, koje je moguće zadržati kao elemente imena i moguće prenositi zbog toga što pripadaju osobnom statusu.⁸⁴ Opravdanje koje se odnosi na načelo jednakosti njemačkih građana pred zakonom i na ustavni odabir ukidanja privilegija i nejednakosti te zabrane nošenja plemićkih

britansko državljanstvo zadržavajući pritom njemačko državljanstvo. Na temelju odredaba engleskog prava, izjavom danom Vrhovnom sudu Engleske i Walesa, promijenio je ime u Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff. Tijekom 2005. godine tužitelj se sa suprugom preselio natrag u Njemačku, gdje im se rodila kći. Rođenje kćeri, njemačkog i britanskog državljanstva, prijavljeno je Općem konzulatu Velike Britanije u Düsseldorfu, gdje je u rodni list i britansku putovnicu uneseno ime Larissa Xenia Gräfin von Wolffersdorff Freiin von Bogendorff. Na temelju odredaba njemačkog prava nadležni matični ured najprije je odbio upisati to ime, da bi naknadno Visoki regionalni sud u Dresdenu udovoljio tom zahtjevu. Tužitelj je potom zatražio upis u matične knjige svojih imena i prezimena koja je stekao na temelju odredaba engleskog prava, što je nadležni matični ured odbio zbog protivnosti odredbama njemačkog prava. Nakon što je nadležni matični ured odbio i zahtjev Regionalnog suda Karlsruhea za upis imena, Regionalni sud obratio se Sudu EU.

⁸² Toč. 32. Odluke Suda EU.

⁸³ Toč. 49. Odluke Suda EU. Više o toj problematici vidi u: Mohay, Agoston; Tóth, Norbert. *What's in a name? Equal treatment, Union citizens and national rules on names and titles*, 9-10. Preuzeto s: <http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/Mohay-T%C3%B3th-Whats-in-a-name-WP04.pdf>.

⁸⁴ Toč. 62. Odluke Suda EU.

titula Sud je protumačio kao razlog javnog poretka.⁸⁵ Eksplicitno je naveo da se stavak 3. Weimarskog ustava, kao element nacionalnog identiteta⁸⁶ države članice iz članka 4. stavka 2. Ugovora o Europskoj uniji, može uzeti u obzir kao opravdanje ograničenja prava slobodnog kretanja osoba koje priznaje pravo Unije.⁸⁷ U konkretnom slučaju, to može biti legitiman razlog odbijanja promjene prezimena, ali ne i odbijanja priznanja promjene imena.⁸⁸

I posljednjem u nizu, predmetu *Freitag*,⁸⁹ Sud Europske unije svoju odluku temelji isključivo na gospodarskim slobodama, konkretno slobodi kretanja. Kao i u ranijim predmetima, ističe da okolnosti kakve su u konkretnom slučaju mogu proizvesti sumnju u tužiteljev identitet i u vjerodostojnost dokumenata kojima se koristi ili u istinitost u njima sadržanih podataka, što predstavlja ograničenje slobode kretanja.⁹⁰ Stoga, „matični ured jedne države članice ne može odbiti priznati i u evidenciju građanskih stanja upisati ime koje je državljanin te države članice zakonito stekao također u drugoj državi članici čiji je također državljanin, a koje odgovara njegovu rođenom imenu, i to pozivajući se na odredbu nacionalnog prava koja mogućnost zahtijevanja takvog upisa na temelju izjave u matičnom uredu uvjetuje time da je navedeno ime stečeno tijekom uobičajenog boravka u toj drugoj državi članici, OSIM ako u nacionalnom pravu postoje druge odredbe koje djelotvorno omogućuju priznavanje navedenog imena.”⁹¹

⁸⁵ Toč. 67. Odluke Suda EU.

⁸⁶ „Revidirana klauzula o identitetu ne zahtijeva samo poštovanje nacionalnog ustavnog identiteta, nego se može shvatiti i kao dopuštanje domaćim ustavnim sudovima da se, pod točno određenim okolnostima, pozovu na ustavna ograničenja primata prava EU. Istodobno, čl. 4. st. 2. UFEU, u tandemu s načelom iskrene suradnje (*sincere cooperation*) sadržanom u čl. 4. st. 3. UEU, ugrađuje ta ograničenja u institucionalni i proceduralni okvir u kojem domaći ustavni sudovi i Sud EU blisko surađuju, kao dio sustava ustavnog odlučivanja. Time se nastoji osigurati i poštovanje prava EU i ustavnog identiteta države članice.” Tako: Von Bogdany; Schill 2011, 1419.

⁸⁷ Toč. 64. Odluke Suda EU.

⁸⁸ Toč. 83. Odluke Suda EU

⁸⁹ Sud EU, C-541/15 *Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432. Tužitelj, prezimena Pavel, rumunjski državljanin, dijete je rumunjskih državljana i ima rumunjsko državljanstvo. Nakon razvoda roditelja i udaje majke za njemačkog državljanina koji ga je posvojio, tužitelj je stekao i njemačko državljanstvo i posvojiteljevo prezime Freitag. Odlukom rumunjskog suda 2013. godine na zahtjev tužitelja njegovo je prezime promijenjeno u Pavel. Tijekom postupka za promjenu prezimena u Rumunjskoj tužitelj je imao uobičajeno boravište u Njemačkoj. Na temelju nove rumunjske putovnice izdane na prezime Pavel, tužitelj je od njemačkog nadležnog tijela zatražio promjenu imena u evidenciji građanskih stanja. S obzirom na to da je priznavanje tako stečenog imena prema njemačkom pravu moguće samo pod uvjetom da je osoba u to vrijeme imala uobičajeni boravak u toj drugoj državi članici, nadležno tijelo imalo je sumnje u pogledu mogućnosti upisa bez provođenja zasebnog javnopravnog postupka predviđenog Zakonom o promjeni imena te je odluku o tome prepustilo Općinskom sudu u Wuppertalu, koji se potom obratio Sudu EU.

⁹⁰ Toč. 37. i 38. Odluke Suda EU.

⁹¹ Toč. 47. Odluke Suda EU.

5. Pogled u budućnost

Kao što je očito iz prethodno analizirane prakse, upravo interpretativne aktivnosti sudova često otkrivaju zakonodavne nedostatke.⁹² Presude pokazuju evidentnu neusklađenost između nacionalnih administrativnih praksi i različitih načela međunarodnog prava. To je, dijelom, moguće pripisati i društvenim promjenama tijekom posljednjih desetljeća. Nemoguće je ne primijetiti sve veći broj prekograničnih predmeta, a i metamorfozu obiteljskih odnosa te, posljedično tome, sve veći broj pitanja vezanih uz prekograničnu stabilnost identiteta i/ili osobnog imena.⁹³

Odluke relevantnih supranacionalnih sudova nedvojbeno pokazuju da je gotovo sve predmete moguće razvrstati u dvije grupe. Jednu čine predmeti u kojima se traži izmjena, a drugu predmeti u kojima se traži priznavanje osobnog imena stečenog u inozemstvu. Pokazuju i da temeljna ljudska prava zapravo postaju relevantna tek kada nacionalno međunarodno privatno pravo ne priznaje tako stečeno ime.⁹⁴ Iako se takvi predmeti još uvijek ne pojavljuju na dnevnoj bazi, za svaki pravni sustav utemeljen na vladavini zakona i poštivanju ljudskih prava postojeći normativni okvir ne može biti trajno rješenje. Stoga se sve češće postavlja pitanje pronalaska odgovarajućih mehanizama koji bi nadležnim nacionalnim tijelima olakšali dobrovoljno priznavanje osobnog imena stečenog u inozemstvu.⁹⁵

Odgovor leži u restrukturiranju kolizijskih odredbi i odredbi o priznanju osobnog imena. I jedna i druga mogućnost razmatrane su još Zelenom knjigom iz 2010. godine.⁹⁶ Tako je, kao jedna od više mogućnosti, predviđena harmonizacija kolizijskih odredbi utemeljenih na jednoj ili više poveznica koje bi uzele u obzir mobilnost građana Unije. Razmatrana je i mogućnost limitirane stranačke autonomije, kao izraz uvažavanja „internih“ elemenata identiteta koje pravo određeno objektivnom poveznicom inače ne prepoznaje.⁹⁷ U svakom slučaju, činjenica predvidivosti normativnog rješenja i mogućnosti anticipacije posljedica eventualne mobilnosti znatno bi pridonijela legitimnim očekivanjima stranaka.

⁹² Pera, Alessandra. 2015. *Law and social change: Right to name, personal identity and private life in context*, u: *Le droit comparé et...* (Albarian, Alexis; Moréteau, Oliver ur.), Aix-en-Provence: Press Universitaires d'Aix Marseille, 447.

⁹³ Pera 2015, 447.

⁹⁴ Kinsch 2010, 273.

⁹⁵ „Razlikujemo intimnu sferu priznavanja identiteta koja se formira u dijalogu i borbi sa značajnim „drugima“ te javnu sferu u kojoj politika priznavanja može zaštititi identitet pojedinca.“ Tako: Ronen, Ya'lr. 2004. Redefining the Child's Right to Identity, *International Policy & Family*, 18, 150.

⁹⁶ Green paper, Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records, COM(2010) 747 final, od 15. 1. 2010.

⁹⁷ Green paper, 15.

Interesantno je da je Zelenom knjigom mogućnost harmonizacije kolizijskih pravila razmatrana kao posljednja opcija. Krije li se u tome ikakva poruka, teško je reći.

Druga je opcija automatsko priznanje u državi članici statusa stečenog u drugoj državi članici.⁹⁸ Ta opcija ne uključuje harmonizaciju postojećih kolizijskih pravila nego samo automatsko priznavanje učinaka pravne situacije kreirane u drugoj državi članici. Osim očitih prednosti za sve državljane Europske unije koji ostvaruju pravo na slobodu kretanja, ta metoda ima dosta nedostataka. Prvi se odnosi na „državu podrijetla“, tj. pitanje je li to država koja ima efektivnu vezu s tom osobom ili su za njezinu identifikaciju potrebna pomoćna rješenja, poput: „metakolizijskih pravila“ usmjerenih na identifikaciju države podrijetla, objektivnog određivanja isključive nadležnosti ili određivanja nadležnosti na temelju proksimiteta.⁹⁹ U svakom slučaju, automatsko priznanje statusa stečenog u inozemstvu moralo bi biti popraćeno nizom kompenzacijskih mjera za sprječavanje frauduloznosti i zaštitu javnog poretka država članica.

Kao odgovor na Zelenu knjigu, 2014. godine Radna grupa Saveznog udruženja njemačkih matičara¹⁰⁰ predstavila je Prijedlog europske Uredbe o mjerodavnom pravu za ime.¹⁰¹ Prijedlog sadrži harmonizirana kolizijska pravila (članci 4. – 11.), dopunjena obvezom priznavanja, u svim državama članicama Europske unije, osobnog imena koje je registrirano u registru civilnog stanja druge države članice (članak 12.). Prijedlog je na tragu razmatranja obuhvaćenih Zelenom knjigom – nudi cjelovito rješenje i osigurava kontinuitet i stabilnost osobnog imena u prekograničnom prometu.

6. Zaključak

Unatoč naporima brojnih pravnika, sociologa i filozofa, još uvijek ne postoji prevladavajuća pravna definicija pojma „identitet“. Međutim, nesporno je da identitet, čija kreacija počinje već s trenutkom začeća,¹⁰² osim „statičnih“ osobnih atributa (biografskih i fizičkih), obuhvaća i izvanjske izraze osobnosti te

⁹⁸ Green paper, 14.

⁹⁹ Marino 2016, 9.

¹⁰⁰ Working Group of the Federal Association of German Civil Status Registrars.

¹⁰¹ Draft for a European Regulation on the Law applicable to Names. Njemačka verzija s obrazloženjem objavljena je u: Das Standesamt (StAZ), 2014., str. 33. i dalje. Preuzeto sa: www.vfst.de/sites/vfst/site/files/datein/sd_staz022014.pdf

¹⁰² Tako: Fernandes Sessarego, Carlos. 1992. *Derecho a la identidad personal*, Astrea, 113. Sessarego smatra da su i podrijetlo roditelja i genetski kod bitni elementi također bitni elementi nečijeg identiteta.

uspostavljanje mreže osobnih društvenih odnosa (obiteljskih, kulturnih, religijskih itd.).¹⁰³ Sporno je pitanje može li se pravo na identitet smatrati neovisnim autonomnim pravom koje štiti zasebno ljudsko pravo¹⁰⁴ ili bi ga trebalo smatrati „kišobran klauzulom“ koja uključuje više međusobno povezanih ljudskih prava.¹⁰⁵ Sporno ostaje i pitanje u kojoj bi mjeri država trebala poštovati subjektivni interes pojedinca.¹⁰⁶ To tim više što nerijetko „identitet danas postaje slobodno izabrana igra, kazališna prezentacija sebe“¹⁰⁷. Kakav god bio naš stav, stvarnost je takva da se neovisno o tome daje li se primat društvenim ili biološkim vezama, čini da ovo doba „afirmira nove mogućnosti za ljude koji žele biti sigurni u to kako i zašto su povezani“¹⁰⁸.

Međutim, stvarni problem današnjice nije izgradnja identiteta nego njegovo očuvanje. Baš kao što to navodi Baumann, „što god izgradili u pijesku malo je vjerojatno da će to biti dvorac“¹⁰⁹. Prevedeno u kontekst prekograničnog priznavanja osobnog imena, bez učinkovitog mehanizma priznavanja i identiteta i osobnog imena ostaju samo „šepajući“ pravni i društveni odnosi sa svim svojim posljedicama. „Neprepoznavanje ili pogrešno prepoznavanje može naštetiti, može biti oblik ugnjetavanja, zatvaranje nekoga u lažni, iskrivljeni i reducirani oblik življenja.“¹¹⁰

Obvezu nacionalne države u odnosu na pravo na identitet moguće je svesti na: obvezu poštovanja identiteta, tj. suzdržavanje države od aktivnog uplitanja u individualni identitet; obvezu zaštite identiteta, tj. obvezu poduzimanja mjera nužnih

¹⁰³ Ronen 2004, 154.

¹⁰⁴ Što je legitimno pitanje, s obzirom na to da se pravo na ime po nekim svojim svojstvima razlikuje od ostalih prava unutar ove „kišobran klauzule“. Tako za stjecanje drugih prava osobnosti, s obzirom na to da proizlaze iz puke činjenice postojanja, nije potreban nikakav pravni akt; dok je za stjecanje imena potreban poseban akt, u formi izjave koju ovlaštena osoba daje nadležnom nacionalnom tijelu. Više vidi u: Dropulić 2006, 127.; Pino, Giorgio. 2000. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights, u: *The Harmonisation of Private Law in Europe*, Hart Publishing (Van Hoecke, Mark; Ost, Francois ur.), Oxford, 2000., 231-233.

¹⁰⁵ Više o tome vidi u: McCombs, Theodore; Shull González, Jackie. 2007. *Right to Identity*, International Human Rights Clinic, University of California, Berkley School of Law, 11-14. Preuzeto s: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/CP19277.PDF>

¹⁰⁶ McCombs; Shull González 2007, 14. Iz hrvatske prakse vidi: Rješenje Ustavnog suda RH, br. U-I-107/1993 od 16. 5. 1995., NN 37/95, Odluka Ustavnog suda RH, br. U-III-484/1998 od 11. 7. 2007., NN 08/07, Odluka Ustavnog suda RH, br. U-III-2547/2008 od 26. 11. 2010., NN 142/10.

¹⁰⁷ Kellner, Douglas. 1996. Popular culture and constructing postmodern identities, u: *Modernity and Identity*, (Lasch, S.; Friedman, J. ur.) Basil Blackwell, Oxford, 1992., 141-177.

¹⁰⁸ Strathern, Marilyn. 1996. Enabling identity? Biology, choice and the new reproductive technologies, u: *Questions of cultural identity*, (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996., 37.

¹⁰⁹ Bauman, Zygmunt. 1996. From Pilgrim to Tourist – or a Short History of Identity, u: *Questions of cultural identity* (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996., 23.

¹¹⁰ Taylor 1994, 25.

za sprječavanje drugih od uplitanja u individualni identitet te obvezu ostvarivanja identiteta, tj. obvezu države da svakoj osobi osigura mogućnost razvoja individualnog identiteta.¹¹¹

Iz prakse obaju europskih sudova razvidno je da su „pravom na identitet“ zaštićeni samo oni elementi identiteta koji su poznati, tj. koje je, dužnom pažnjom i u dobroj vjeri, moguće objektivno utvrditi. Jedan je od takvih elemenata i osobno ime. Sukladno praksi Europskog suda za ljudska prava, osobno ime koje je valjano stečeno u inozemstvu, na temelju sudske odluke ili na inicijativu same stranke, u načelu, uživa pravnu zaštitu; pod uvjetom da je stečeno u dobroj vjeri u drugom pravnom poretku i da su očekivanja stranaka u pogledu stabilnosti statusa legitimna.¹¹² Legitimitet u pravilu ovisi o intenzitetu veze konkretne situacije s inozemnim pravnom poretkom na temelju kojeg je osobno ime stečeno. Kako pred navedenim Sudom rijetko završavaju predmeti koji imaju međunarodni karakter, ne čudi činjenica da većina odluka preteže u korist javne funkcije imena, odnosno poštivanja nacionalnih propisa i svrhovita vođenja evidencije građana.¹¹³ Drugim riječima, nadležnim tijelima država ugovornica EKLJP-a omogućena je relativno široka diskrecijska ocjena pri prosudbi nacionalne politike glede osobnog imena.

Za razliku od Europskog suda za ljudska prava koji svojim odlukama u pogledu prekogranične stabilnosti osobnog imena državama nameće pozitivnu obvezu, i to pod okriljem članka 8. EKLJP-a, tj. zaštite prava na obiteljski i privatni život, Sud Europske unije uglavnom se bavi problemom nepriznavanja osobnog imena stečenog u inozemstvu, a svoja obrazloženja ponajprije temelji na državljanstvu Unije i zaštiti gospodarskih sloboda. Pa ipak, iako naoko divergirajuća, praksa obaju sudova usmjerena je na balansiranje interesa nacionalne države s interesom pojedinca. Nažalost, koliko god da je korisna, praksa supranacionalnih sudova ne nudi jednoobrazan put prema ostvarivanju prekograničnog kontinuiteta i stabilnosti osobnog imena.

Različitost nacionalnih supstancijalnih i kolizijskih rješenja, kao zapreka prostornom kontinuitetu i stabilnosti imena i identiteta,¹¹⁴ za sada je premoštena ograničenjem slobodne procjene nadležnih tijela nacionalnih država¹¹⁵ te zabranom ograničavanja gospodarskih sloboda. Hoće li, i pod kojim uvjetima, navedeni mehanizmi biti zamijenjeni uzajamnim priznanjem, tek ostaje vidjeti...

¹¹¹ McCombs/Shull González 2007., 17-19.

¹¹² Kinsch, 2010, 273.

¹¹³ Rosolillo 2009(2), 152.

¹¹⁴ Više o tome vidi u: Working group of the Federal Association of German civil status registrars (Dutta, A.; Frank, R.; Freitag, R.; Helms, T.; Krömer, K.; Pintens, W.): One name throughout Europe – Draft for a European Regulation on the law applicable to names, *Yearbook of Private International Law*, Vol. XV., 2013./2014., 31-37.

¹¹⁵ „Pri određivanju opsega slobodne procjene koju uživa država u svakom predmetu koji se tiče čl. 8. EKLJP, potrebno je uzeti u obzir brojne čimbenike“. Application no. 6339/05 *Evans v. United Kingdom*, para. 77.

Korišteni izvori

Knjige i članci

- Al Tamimi, Yussef. 2018. Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law, *Social & Legal Studies*, 3, 283-298.
- Bauman, Zygmunt. 1996. From Pilgrim to Tourist – or a Short History of Identity, u: *Questions of cultural identity* (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996., 18-36.
- Ballarino, Tito; Ubetazzi, Benedetta. 2004. On Avello and other judgements: A new point of departure in the conflict of laws?, *Yearbook of Private International Law*, 6, 85-128.
- Bhabha, Homi K. 2000. On minorities: Cultural rights, *Radical philosophy*, 100 Mar/Apr 2000, 3-6.
- Craig, Paul; De Burca, Grainne. 2015. *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press.
- Ćapeta, Tamara; Rodin, Siniša. 2011. *Osnove prava Europske unije*, Zagreb: Narodne novine.
- Dagilte, Egle; Stasinopoulos, Panos; Łazowski, Adam. 2015. The importance of being earnest: Spelling of names, EU citizenship and fundamental rights, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 11, 1-48.
- Derrida, Jacques. 1991. Différance, u: *A Derrida Reader: Between the Blinds* (Kampuf, Peggy ur.), New York: Columbia University Press.
- Dutta, A.; Frank, R.; Freitag, R.; Helms, T.; Krömer, K.; Pintens, W.: One name throughout Europe – Draft for a European Regulation on the law applicable to names, *Yearbook of Private International Law*, Vol. XV., , 31-37.
- Dropulić, Julijano. 2006. Pravo na osobno ime, *Hrvatska pravna revija*, 3, 121-138.
- Du Gay, Paul. Questions of cultural identity, u: *Who needs identity* (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996. 1-18.
- Eekelar, John. 1994. The interests of the child and the child's wishes: The role of dynamic selfdeterminism, u: *The Best Interests of the Child: reconciling Culture and Human Rights* (Alston, Philip. ur.), Oxford: Clarendon Press, 1994., 129-148.
- Ehlers, Dirk (ur.). 2011. *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, Boston: De Gruyter.
- Fernàndes Sessarego, Carlos. 1992. *Derecho a la identidad personal*, Astrea.
- Grossberg, Lawrence. 1996. Identity and cultural studies: Is there all there is?, u: *Questions of Cultural Identity* (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996., 87-107.
- Hall, Stuart. 1990. Cultural identity and diaspora, u: *Identity: Community, Culture, Difference* (Rutherford, Jonathan ur.), London: Lawrence & Wishart, 1990., 222-2237.
- Hlača, Nenad. 1996. Osobno ime i obiteljskopравни odnosi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 46, 67-82.

- Huddart, David. 2006. *Homi K. Bhabha*, London-New York: Routledge.
- Kellner, Douglas. 1996. Popular culture and constructing postmodern identities, u: *Modernity and Identity* (Lasch, Scott; Friedman, Jonathan ur.) Basil Blackwell, Oxford, 1992., 141-177.
- Kinsch, Patrick. 2010. Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law, u: *Convergence and Divergence in Private International Law* (Boele-Woelki, K.; Einhorn, T.; Girsberger, D.; Symeonides, S. ur.), Hague: Eleven International Publishing, 2010., 232-275.
- Kochenov, Dimitry; Poleshchuk, Vadim; Dimitrovs, Aleksejs. 2013. Do Professional Linguistic Requirements Discriminate? A Legal Analysis: Estonia and Latvia in the Spotlight, *European Yearbook on Minority issues*, 10, 137-187.
- Laclau, Ernesto. 1990. *New Reflections on the Revolution of Our Time*, London Verso.
- Lavie, Smadar; Swedenburg, Ted, 1996. Introduction: Displacement, Diaspora and Geographies of Identity, u: *Displacement, Diaspora and Geographies of Identity* (Lavie, Smadar; Swedenburg, Ted ur.), Duke University Press, 1996., 1-26.
- Lehmann, Matthias. 2008. What's in a name? Grunkin-Paul and beyond, *Yearbook of Private International Law*, 10, 135-164.
- Mansel, HeinzPeter. 2010. The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of member States – With comments on the Sayn-Wittgenstein Case before the European Court of Justice, u: *Convergence and Divergence in Private International Law* (Boele-Woelki, K.; Einhorn, T.; Girsberger, D.; Symeonides, S. ur.), Hague: Eleven International Publishing, 2010., 291-311.
- Marshall, Jill. 2009. *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden.
- Marino, Silvia. 2016. *The cross-border continuity of personal identity in the European Union*, London: UACES 46th Annual Conference.
- Matijević, Berislav 2006. Prava osobnosti – pravo na identitet i ime, *Hrvatska pravna revija*, 1-15.
- McCombs, Theodore; Shull González, Jackie. 2007. *Right to Identity*, International Human Rights Clinic, University of California, Berkley School of Law, 11-14. Preuzeto s: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/CP19277.PDF>
- Mohay, Agoston; Tóth, Norbert. What's in a name? *Equal treatment, Union citizens and national rules on names and titles*, 9-10. Preuzeto s: <http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/Mohay-T%C3%B3th-Whats-in-a-name-WP04.pdf>
- Novak, Stjepan. 2020. Dijalozi između ustavnih sudova država članica Europske unije i Suda Europske unije, *Pravni vjesnik*, 3-4, 113-136.
- Pera, Alessandra. 2015. *Law and social change: Right to name, personal identity and private life in context*, u: *Le droit comparé et ...* (Albarian, Alexis; Moréteau, Oliver ur.), Aix-en-Provence: Press Universitaires d'Aix Marseille, 2015., 447-457.

- Pino, Giorgio. 2000. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights, u: *The Harmonisation of Private Law in Europe*, Hart Publishing (Van Hoecke, Mark; Ost, Francois ur.), Oxford, 2000., 225-237.
- Radolović, Aldo. 1985. *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, doktorska disertacija, Zagreb.
- Redman, Peter. 2000. Part I. Introduction, u: *Identity: A Reader* (Du Gay, Paul; Evans, Jessica; Redman, Peter ur.), London: SAGE, 2000., 9-14.
- Romac, Ante. 1987. *Rimsko pravo*, Zagreb: Narodne novine.
- Ronen, Ya'lr. 2004. Redefining the Child's Right to Identity, *International Policy & Family*, 18, 147-177.
- Rosolillo, Giulia. 2009. *Identità personale e diritto internazionale privato*, CEDAM.
- Rosolillo, Giulia. 2009. Personal identity at crossroad between private international law, international protection of human rights and EU law, *Yearbook of Private International Law*, 11, 143-156.
- Strathern, Marilyn. 1996. Enabling identity? Biology, choice and the new reproductive technologies, u: *Questions of cultural identity*, (Du Gay, Paul; Hall, Stuart ur.), London: SAGE, 1996., 37-53.
- Sturm, Fritz. 1990. Selbständige und unselbständige Anknüpfung im deutschen IPR beim Vor- und Familiennamen, *Das Ständesamt*, 350-356.
- Taylor, Charles, 1994. *The politics of recognition*, u: Gutmann, A. (ur.): *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press. Preuzeto s: https://www.uio.no/studier/emner/sv/sai/SOSANT2210/v15/pensumliste/taylor_the_politics_of_recognition.pdf
- Višić, Marko. 1993. *Književnost drevnog Bliskog istoka*, Zagreb: Naprijed.
- Von Bogdany, Armin; Schill, Stephen W. 2011. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty, *Common Market Law Review*, 48, 1417-1453.
- Wilson, Sarah. 1997. Identity, genealogy and the social family: The case of donor insemination, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2, 270-297.
- Winkler, Sandra. 2011. Praksa Europskog suda o korištenju više prezimena, u: *Zbirka presuda Europskog suda (Izbor recentne prakse)* (Bodiroga-Vukobrat, Nada; Đerđa, Dario; Pošćić, Ana ur.), Zagreb: Inženjerski biro, 2011., 140-152.
- Winkler, Sandra. 2013. Pravo na osobno ime u praksi europskih sudova, u: *Europsko obiteljsko pravo* (Bodiroga-Vukobrat, Nada; Hlača, Nenad; Hrabar, Dubravka; Jakovac-Lozić, Dijana; Korać Graovac, Aleksandra; Lapaš, Davorin; Majstorović, Irena; Medić Musa, Ines; Novak, Barbara; Sikirić, Hrvoje; Smokvina, Vanja; Winkler, Sandra; Žnidaršić Skubic, Viktorija; Župan, Mirela) Zagreb: Narodne novine, Zagreb. 125-141.

Župan, Mirela. 2020. Identity of a child in cross-border legal transit (Naming law at focus), *Human Rights Protection Yearbook, Protection of the rights of the child „30 years after the adoption of the Convention on the rights of the child“*, March 2020, 545-565.

Izvori prava

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

Ugovor o Europskoj uniji, Službeni list EU C 202/13 od 7. 6. 2016. (pročišćena verzija).

Europska povelja o temeljnim ljudskim pravima, Službeni list Europske zajednice E 364/1 od 18.12.2000.

Sudska praksa

Sud Europske unije:

Sud EU, C-438/14 *Bogendorff von Woffersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401.

Sud EU, C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig*, ECLI:EU:C:1993:115.

Sud EU, C-541/15 *Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432.

Sud EU, C-148/02 *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539.

Sud EU, C-379/87 *Groener*, ECLI:EU:C:1989:599

Sud EU, C-353/06 *Grunkin Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

Sud EU, C-36/02 *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614.

Sud EU, C-391/09 *Runevič-Vardyn and Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291.

Sud EU, C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806.

Europski sud za ljudska prava:

Application no. 16213/90 *Burghartz v. Switzerland*, od 22. 4. 1994.

Application no. 6339/05 *Evans v. United Kingdom* od 10. 4. 2007.

Application no. 11369/05 *Golemanova v. Bulgaria*, od 17. 2. 2011.

Application no. 32265/10 *Henry Kismoun v. France*, od 5. 3. 2014

Application no. 56759/08 *Negrepontis-Gianninis v. Greece*, od 3. 5. 2011.

Praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske:

Rješenje Ustavnog suda RH, br. U-I-107/1993 od 16. 5. 1995., NN 37/95.

Odluka Ustavnog suda RH, br. U-III-484/1998 od 11. 7. 2007., NN 08/07.

Odluka Ustavnog suda RH, br. U-III-2547/2008 od 26. 11. 2010., NN 142/10.

Ostalo

Green paper, Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records, COM(2010) 747 final, od 15. 1. 2010.

Draft for a European Regulation on the Law applicable to Names. Njemačka verzija s obrazloženjem objavljena je u: Das Standesamt (StAZ), 2014., str. 33. i dalje. Preuzeto s: www.vfst.de/sites/vfst.site/files/datein/sd_staz022014.pdf

Prof. dr. sc. Ivana Kunda

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

PREKOGRANIČNA PROVEDBA PRAVA NA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA U EUROPSKOJ UNIJI

1. Uvod

Dosljedna primjena zaštite osobnih podataka kroz sve politike Europske unije jedan je od ključnih ciljeva u pravnom poretku Europske unije. Načelno je takva zaštita previđena člankom 8. Povelje Europske unije o temeljnim pravima¹ naslovljenim „Zaštita osobnih podataka“. Njime je predviđeno da svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njega ili nju odnose, kao i da se takvi podaci moraju obrađivati pošteno, u utvrđene svrhe i na temelju suglasnosti osobe o kojoj je riječ, ili na nekoj drugoj legitimnoj osnovi utvrđenoj zakonom. Svatko ima pravo na pristup prikupljenim podacima koji se na njega ili nju odnose i pravo na njihovo ispravljanje. Poštovanje tih pravila podliježe nadzoru neovisnog tijela. Povijest zaštite osobnih podataka ne kreće s tim instrumentom ni sa samom Europskom unijom već je na regionalnoj razini povezan i s aktivnostima Vijeća Europe kako kroz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,² tako i kroz neke dodatne specijalizirane pravne akte.³

Mantra legislativnih aktivnosti na planu zaštite osobnih podataka jest da posebni izazovi dolaze kao posljedica suvremenog razvoja digitalne tehnologije, pri čemu

¹ Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 326, 26. 10. 2012., 391-407.

² NN MU 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006 i 2/2010. Vidjeti pregled prakse koja se odnosi na pravo privatnosti zaštićeno u okviru članka 8. EKLJP-a, posebice osobne podatke.

³ Konvencija za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih, NN MU 4/2005, Dodatni protokol uz Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka, NN MU 4/2005, Protokol kojim se mijenja i dopunjuje Konvencija za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka, NN 8/2019.

dolazi do dosad neviđenog opsega obrade osobnih podataka od strane ekonomski moćnih trgovačkih subjekata, a koji je omogućen golemom količinom (osobnih) podataka koje pojedinci objavljuju ili na drugi način (svjesno ili ne) čine dostupnima drugima. Današnja tehnologija omogućava računalnu obradu goleme količine raznolikih (nerijetko nestrukturiranih) i brzo pristizućih podataka (engl. *Big Data*) brzo i uz male troškove te ranije nepojmljive rezultate bazirane na raznim statističkim metodama kao dio industrije 4.0. Navedeni rezultati računalne obrade osobnih i drugih podataka omogućavaju preciznije određivanje pojavnosti, dijagnosticiranja uzročnosti, predviđanja vrijednosti ili sugeriranja aktivnosti radi utjecaja na ishod određenog procesa, pa tako i ponašanja pojedinaca.⁴ I dok je obrada osobnih podataka uobičajeno „ubikvitetne prirode“⁵, korporativne strukture informacijsko-tehnoloških giganata izbjegavaju primjenu standarda zaštite osobnih podataka u Europskoj uniji.⁶ Uz opasnosti koje donosi obrada podataka od strane trgovačkih subjekata izvan Europske unije, opasnosti dolaze i iz javne sfere jer glavnina država u svijetu ima drugačije, uglavnom niže, standarde zaštite osobnih podataka.⁷ Svantesson prepoznaje dvije osnovne razine sukoba suprotstavljenih prava i interesa koji postoje u pogledu prekograničnog prijenosa osobnih podataka: prvi je sukob između dvaju ljudskih prava, i to prava ispitanika na zaštitu osobnih podataka i prava građana na slobodu govora, a drugi je sukob između interesa dionika, i to interesa ispitanika da zadrže nadzor na obradom osobnih podataka i interesa poslovnih subjekata i javnosti za prekograničnim prijenosom podataka u modernom društvu poduprtom strukturom tehnologije koja počiva na obradi podataka.⁸ Taj potonji sukob mogao bi se promatrati i kroz sukob ljudskih prava i sloboda, i to prava ispitanika na zaštitu osobnih podataka i slobodu poduzetništva voditelja obrade i izvršitelja obrade. To je obris pozadine u odnosu na koju je kreiran i propis koji čini *sedes materiae*

⁴ Vidi: Ivana KUNDA, Zaštita osobnih podataka na internetu – kako iluziju pretvoriti u stvarnost?, u: *Pravna zaštita pojedinca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije* (Barbić, Jakša ur.), Zagreb: HAZU, 2021. (u tisku)

⁵ Dário MOURA VINCENTE, Sofia DE VASCONCELOS CASIMIRO, Data Protection on the Internet: General Report, in: *Data Protection on the Internet* (Moura Vincente, Dario; de Vasconcelos Casimiro, Sofia ur.), Cham: Springer, Cham, 2020., 30.

⁶ Claire JERVIS, The curious case of Article 3(3) of the GDPR and its application to diplomatic missions, *International Data Privacy Law*, 10, 2020., 107.

⁷ Vidi, primjerice u odnosu na neprimjerenost zaštite u okviru europsko-američkog sustava zaštite privatnosti: Sud EU, C-362/14, *Maximillian Schrems protiv Data Protection Commissioner* (Schrems I), 6. listopada 2015., EU:C:2015:650; Sud EU, C-311/18, *Data Protection Commissioner protiv Facebook Ireland Ltd i Maximilliana Schremsa* (Schrems II), 16. srpnja 2020., EU:C:2020:559.

⁸ Dan JERKER B. SVANTESSON, A legal method for solving issues of Internet regulation applied to the regulation of cross-border privacy issues, *EUI Working Papers LAW 2010/18*, dostupno na <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/15344> (posljednji posjet 17. svibnja 2021.), 26-27.

prava zaštite osobnih podataka u Europskoj uniji⁹ – Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka),¹⁰ uključujući i pitanja prekogranične provedbe prava na zaštitu osobnih podataka koja su uslijed globalne komunikacije, poglavito putem interneta, postala nezaobilazna.

U ovom radu raščlanjuju se pravila koja su predviđena za provedbu prava na zaštitu osobnih podataka, poglavito u Općoj uredbi o zaštiti podataka, pri čemu su osobni podatci prepoznati kao elementi identiteta pojedinca-ispitanika, pa je osnovna perspektiva i mjerilo raščlambe upravo pitanje identiteta. Slijedom toga, u radu se na samom početku postavlja hipoteza da je identitet bitan sadržaj definicije osobnog podatka u pravu Europske unije, da bi se nastavilo s analizom mjere u kojoj je identitet pojedinca kao ispitanika zaštićen kroz pravila o prekograničnoj provedbi prava na zaštitu osobnih podataka, točnije o teritorijalnom području primjene Opće uredbi o zaštiti podataka. Iako uz pravila o teritorijalnom području primjene predstavljaju drugi mehanizam u borbi protiv opasnosti za pravo na zaštitu osobnih podataka u Europskoj uniji, zbog prostornog ograničenja pitanja prekograničnog prijenosa osobnih podataka izvan su razmatranja u ovom radu.¹¹ Izvan opsega ovog rada jest i detaljnije razlaganje o temi odnosa odredbi Opće uredbi za zaštitu podataka i kolizijskih pravila kojima se utvrđuje mjerodavno pravo, stoga će morati dostajati samo kratka napomena da će, usprkos pravu koje bi bilo mjerodavno u konkretnom predmetu, velik dio odredbi iz Opće uredbi imati prednost u primjeni koristeći se mehanizmom prevladavajuće prisilnih odredbi.¹²

⁹ Vidi primjerice: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of data (General Data Protection Regulation), Brussels, 25.1.2012., COM(2012) 11 final, 2012/0011 (COD), 1.

¹⁰ SL L 119, 4. 5. 2016, 1-88, ispravci SL L 127, 23. 5. 2018., 2. i SL L 074, 4. 3. 2021., 35.

¹¹ O interakciji tih dvaju sustava pravila vidi: W. KUAN HON, *Data Localization Laws and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2017.; Christopher KUNER, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford: OUP, 2013.; Dan Jerker B. SVANTESSON, A legal method for solving issues of Internet regulation applied to the regulation of cross-border privacy issues, EUI Working Papers LAW 2010/18, dostupno na <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/15344> (posljednji posjet 17. svibnja 2021.); Christopher KUNER, Territorial Scope and Data Transfer Rules in the GDPR: Realising the EU's Ambition of Borderless Data Protection, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 20, April 2021., dostupno na <https://ssrn.com/abstract=3827850> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3827850> (posljednji posjet 30. svibnja 2021.).

¹² Općenito o prevladavajuće prisilnim odredbama, vidi: Ivana KUNDA, *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci, 2007.; Ivana KUNDA, Overriding Mandatory Provisions before the CJEU: Takeways or Getaways?, u: *Liber Amicorum Monika Pauknerová* (Pfeiffer, Magdalena ur.), Wolters Kluwer, 2021. (u tisku). Vidi posebno o pitanjima mjerodavnog prava za povrede prava na zaštitu osobnih podataka: Maja BRKAN, data protection and conflict-of-laws: a challenging relationship, *Europdata Data Protection Review*, 3., 2016., 324-341.

2. Identitet kao dio definicije „osobnih podataka“

Pojam „osobni podaci“ u Općoj uredbi o zaštiti podataka definira se u odredbi članka 4. stavka 1. točke 1. kao „svi podaci koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi (‘ispitanik’); pojedinac čiji se identitet može utvrditi jest osoba koja se može identificirati izravno ili neizravno, osobito uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca.“¹³ Ta odredba sadrži tri dijela: 1) opću definiciju („svi podaci koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi“), 2) posebnu definiciju dijela opće definicije („pojedinac čiji se identitet može utvrditi jest osoba koja se može identificirati izravno ili neizravno, osobito uz pomoć identifikatora“) i 3) otvoreni popis elementa iz posebne definicije („kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca“). U istraživanjima se opća definicija razlaže na četiri elementa: („svi podaci“, „koji se odnose“, „pojedinca“ „čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi“).¹⁴ Bitno je istaknuti da se, uzimajući u obzir ta četiri elementa, pravna kvalifikacija podatka kao „osobnog podatka“ mora provoditi s obzirom na konkretne okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.

Zaštita se proteže na bilo koji podatak, bez obzira na prirodu, sadržaj ili format. Nebitno je i je li objektivan ili subjektivan, javan ili tajan, dostupan ili nedostupan. Podatak isto tako može biti u bilo kojem obliku: slovnom, brojčanom, grafičkom, zvučnom ili slikovnom.¹⁵ Nadalje, to nisu samo podatci koji *per se* identificiraju osobu, kao što su ime i prezime, datum i mjesto rođenja, jedinstveni matični broj građanina, osobni identifikacijski broj, adresa stanovanja, otisak prsta, sken šarenice oka i DNA već i podatci koji tek posredno, odnosno u kombinaciji s drugim podacima, dovode do identifikacije kao što su sljedeće kombinacije: „plavokosi“ i „dječak“ i „iz 2.a“ i „pohađa tečaj tekwandoa“ ili „tridesetsedmogodišnja“

¹³ Postoji kontinuitet u definiranju osobnog podatka jer je ta definicija gotovo istovjetna prethodnoj definiciji iz članka 2. stavka 1. točke (a) Direktive 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka. SL L 281, 23. 11. 1995., 31-50, posebno izdanje na hrvatskom pogl. 13, 7, 88-107. Vidi i: Luca TOSONI and Lee A. BYGRAVE, u: *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary Update of Selected Articles* (Kuner, Christopher; A. Bygrave, Lee; Docksey, Christopher; Dreschsler, Laura ur.), Oxford: OUP, 2020., 22-28.

¹⁴ Article 29 Working Party, Opinion No 4/2007 on the concept of personal data WP 136, 10.6.2007, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, 6.

¹⁵ Article 29 Working Party, 7.

i „zaposlenica Ministarstva pravosuđa“ i „proteklog tjedna bila je na službenom putu u Bruxellesu“. Posebnu, osjetljivu kategoriju podataka čine oni koji otkrivaju rasno ili etničko podrijetlo, politička mišljenja, vjerska ili filozofska uvjerenja ili članstvo u sindikatu te obrada genetskih podataka, biometrijskih podataka u svrhu jedinstvene identifikacije pojedinca, podataka koji se odnose na zdravlje ili podataka o spolnom životu ili seksualnoj orijentaciji pojedinca. Njihova se obrada zabranjuje člankom 9. Opće uredbe o zaštiti podataka, izuzev pod posebno propisanim pretpostavkama.

U praksi Suda Europske unije sljedeći su podatci potvrđeni kao osobni podatci: ime i prezime osobe,¹⁶ telefonski broj,¹⁷ adresa,¹⁸ osobni identifikacijski broj,¹⁹ slika osobe snimljena kamerom,²⁰ podatak o zaposlenju uključujući onaj da osoba radi na pola radnog vremena (zbog medicinskih razloga),²¹ evidencija radnog vremena, koja sadrži u pogledu pojedinog radnika početak i kraj rada i stanke,²² iznos primanja i imovina,²³ spomen ozljede osobe,²⁴ podatak o hobiju,²⁵ podatci o prometu i lokaciji prikupljeni u elektroničkoj komunikaciji,²⁶ informacije pohranjene u kolačićima, uključujući podatak o identifikacijskom broju korisnika i internetskoj stranici koju je posjetio,²⁷ IP adresa,²⁸ kazneni bodovi zbog prometnih

¹⁶ Sud EU, C-73/07, *Tietosuojaalvautuutettu protiv Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, 16. prosinca 2008., EU:C:2008:727, para. 35.; Sud EU, C-131/12, *Google Spain*, 13. svibnja 2014., EU:C:2014:317, para. 62. Vidi i: Sud EU, C-101/01, *Lindqvist*, 11. lipnja 2000., EU:C:2003:596, para. 27.; Sud EU, C-25/17, *Tietosuojaalvautuutettu*, 10. srpnja 2018., EU:C:2018:551, para. 62; vidi: Sud EU, C-207/16, *Ministerio Fiscal*, 2. listopada 2018., EU:C:2018:788, para. 48.

¹⁷ Sud EU, C-101/01, *Lindqvist*, 11. lipnja 2000., EU:C:2003:596, para. 27.; Sud EU, C-536/15, *Tele2*, 15. ožujka 2017., EU:C:2017:214.

¹⁸ Sud EU, C-13/16, *Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde*, 4. svibnja 2017., EU:C:2017:336, para. 24.; Sud EU, C-275/06, *Promusicae*, 29. siječnja 2008., EU:C:2008:54, para. 45. Vidi i Sud EU, C-25/17, *Tietosuojaalvautuutettu*, 10. srpnja 2018., EU:C:2018:551, para. 62; vidi: Sud EU, C-207/16, *Ministerio Fiscal*, 2. listopada 2018., EU:C:2018:788, para. 48.

¹⁹ Sud EU, C-13/16, *Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde*, 4. svibnja 2017., EU:C:2017:336, para. 24.

²⁰ Sud EU, C-212/13, *František Ryneš*, 11. prosinca 2014., EU:C:2014:2428, para. 22.; Sud EU, C-345/17, *Buivids*, 14. veljače 2019., EU:C:2019:122, para. 32.

²¹ Sud EU, C-101/01, *Lindqvist*, 11. lipnja 2000., EU:C:2003:596, para. 27. i 51.

²² CJEU, C-342/12, *Worten*, 30. svibnja 2013., EU:C:2013:355, para. 22.

²³ Sud EU, C-73/07, *Tietosuojaalvautuutettu protiv Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, 16. prosinca 2008., EU:C:2008:727, para. 35. i 37.

²⁴ Sud EU, C-101/01, *Lindqvist*, 11. lipnja 2000., EU:C:2003:596, para. 51.

²⁵ Sud EU, C-101/01, *Lindqvist*, 11. lipnja 2000., EU:C:2003:596, para. 27.

²⁶ Vidi: Sud EU, C-623/17, *Privacy International*, 6. listopada 2020., EU:C:2020:790, para. 39.; vidi: Sud EU, C-207/16, *Ministerio Fiscal*, 2. listopada 2018., EU:C:2018:788, para. 48.

²⁷ Vidi: Sud EU, C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, 5. lipnja 2018., EU:C:2018:388, para. 33.

²⁸ Sud EU, C-70/10, *Scarlet Extended*, 24. studenoga 2011., EU:C:2011:771, para. 51.; Sud EU, C-582/14, *Breyer*, 19. listopada 2016., EU:C:2016:779, para. 49.

prekršaja,²⁹ porezni podatci,³⁰ podatci o fizičkoj osobi sadržani u registru trgovačkih društava,³¹ pisani odgovori kandidata na stručnom ispitu i eventualne napomene ispitivača u vezi s tim odgovorima.³²

Osim toga, osobni podatak nije samo onaj o osobi već i onaj „koji se odnosi na osobu“, pa je tako osobni podatak koji se odnosi na osobu bilo na temelju sadržaja, svrhe ili ishoda, primjerice podatci o telefonskim pozivima, uključuje ne samo osobne podatke pozivatelja već i osobe kojoj je poziv upućen. Isto tako sustav nadzora nad lokacijom taksi vozila koji uspostavlja trgovac koji pruža uslugu taksi prijevoza ujedno obrađuje podatke o kvaliteti vožnje vozača, pa je u tom dijelu moguće da ti podatci imaju utjecaj na položaj samog vozača.³³

Osobni su podatci i oni kojima se saznaje identitet osobe, izravno ili neizravno.³⁴ Stoga se i osobni podatci koji su pseudoanonimizirani, a koji bi se mogli pripisati nekom pojedincu uporabom dodatnih informacija, trebaju smatrati osobnim podacima. Kako bi se odredilo može li se identitet pojedinca utvrditi, trebalo bi uzeti u obzir sva sredstva, poput selekcije, koja voditelj obrade ili bilo koja druga osoba mogu, po svemu sudeći, upotrijebiti u svrhu izravnog ili neizravnog utvrđivanja identiteta pojedinca. Kako bi se utvrdilo je li izgledno da se upotrebljavaju sredstva za utvrđivanje identiteta pojedinca, trebalo bi uzeti u obzir sve objektivne čimbenike, kao što su troškovi i vrijeme potrebno za utvrđivanje identiteta, uzimajući u obzir i tehnologiju dostupnu u vrijeme obrade i tehnološki razvoj.³⁵

Prethodno navedeno ukazuje da su osobni podatci ekvivalent identiteta pojedinca s obzirom na to da ga opisuju, određuju, razlikuju od ostalih, pa su prema tome prvenstveno elementi konstrukcije osobnog identiteta. To se prije svega odnosi na one podatke koji su identifikatori *per se*. Međutim, osobni podatci mogu biti i identifikatori koji ukazuju na pripadnost određenoj skupini, prema bilo kojim obilježjima (vjerskim, rasnim, rodnim...), pa su na taj način elementi tvorbe kolektivnog identiteta. Neki pak elementi, primjerice genetski, mogu

²⁹ Sud EU, C-439/19, *B protiv Latvijas Republikas Saeima*, 22. lipnja 2021., EU:C:2021:504, para. 60.

³⁰ Sud EU, C-201/14, *Bara i drugi*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:638, para. 29.; Sud EU, C-73/16, *Puškár*, 27. rujna 2017., EU:C:2017:725, para. 41.

³¹ Sud EU, C-398/15, *Manni*, 9. ožujka 2017., EU:C:2017:197, para. 34.

³² Sud EU, C-434/16, *Nowak*, EU:C:2017:994, 20. prosinca 2017.

³³ Vidi više: Article 29 Working Party, Opinion No 4/2007 on the concept of personal data WP 136, 10.6.2007, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, 10-12.

³⁴ Article 29 Working Party, 12. *et seq.*

³⁵ Uvodna izjava 26. Opće uredbe o zaštiti podataka.

istovremeno biti elementi i individualnog i kolektivnog identiteta. To odražava i teorije konstrukcije identiteta kao procesa koji se odnosi i na različitosti i na jednakosti, odnosno sličnosti.³⁶ Pritom elementi tvorbe identiteta kroz njegove dimenzije društvenog, političkog i kulturnog proizvoda odgovaraju identifikatorima u sklopu prava zaštite osobnih podataka. Navedeno preklapanje nije potpuno jer je u okvirima prava zaštite osobnih podataka izuzetno važna dimenzija i ona biološka, koja se očituje u otisku prsta, skenu šarenice oka ili DNA. I dok su društveno zadani elementi tvorbe identiteta promjenjivi,³⁷ oni se biološki smatraju nepromjenjivima.³⁸ Iako poveznice između pojmova i kategorija kojima se služe različite znanosti u izučavanju identiteta nisu jednostavne, oni su većim dijelom usporedivi i dopuštaju, uza sve prethodno navedeno, potvrdu općenite teze da je pravo zaštite osobnih podataka *par excellence* područje u kojem je izražena značajnost identiteta.

3. Teritorijalno područje primjene Opće uredbe za zaštitu podataka

Kada je riječ o prekograničnoj provedbi prava na zaštitu osobnih podataka kroz definiranje teritorijalnog područja primjene, Uredbom o zaštiti osobnih podataka propisane su odredbe koje uređuju postupanje nacionalnih tijela za zaštitu podataka, ali i sudova u privatnopravnim postupcima.

3.1. Odredbe iz Opće uredbe o zaštiti podataka u usporedbi s odredbama iz Direktive o zaštiti podataka

Opća uredba o zaštiti podataka donijela je određene razlike u odnosu na ranije odredbe u pogledu teritorijalnog dosega zakonodavstva kojime se štite osobni podatci. Prema članku 4. stavku 1. Direktive o zaštiti podataka, koja je prethodno bila na snazi, svaka država članica na obradu osobnih podataka morala je primijeniti nacionalne propise koje je donijela u skladu s tom Direktivom u sljedećim situacijama: (a) kada se obrada provodila u smislu aktivnosti poslovnog nastana nadzornika na području države članice; (b) kada nadzornik nije imao poslovni nastan na području države članice nego na mjestu na kojem se njezino nacionalno pravo primjenjuje na temelju međunarodnog javnog prava; i (c) kada nadzornik nije imao poslovni nastan na području Europske unije, ali je radi obrade osobnih

³⁶ Vidi u ovoj knjizi: Kristina PETERNAI ANDRIĆ, Teorije o tvorbi identiteta, odjeljak 3.6.

³⁷ PETERNAI ANDRIĆ, odjeljak 3.

³⁸ Tatjana KOLAR-GREGORIĆ, *Kriminalistička identifikacija osoba*, Zagreb: MUP RH, 2002., 3-5.

podataka koristio opremu, bilo da je automatizirana ili ne, smještenu na području navedene države članice, osim³⁹ ako se takva oprema ne koristi isključivo radi prijenosa preko područja Europske unije. Vidljivo je iz navedenog primjera da postoji koincidencija nadležnosti i mjerodavnog prava određene države članice u predmetima provedbe prava za zaštitu osobnih podataka u okviru Direktive o zaštiti podataka.

Člankom 3., „Teritorijalno područje primjene“, propisano je da se Opća uredba za zaštitu podataka odnosi na obradu osobnih podataka u okviru aktivnosti poslovnog nastana voditelja obrade ili izvršitelja obrade u Europskoj uniji, neovisno o tome gdje se obavlja obrada. Stavkom 2. nadalje je propisano da se Uredba primjenjuje i na obradu osobnih podataka ispitanika u Europskoj uniji koju obavlja voditelj obrade ili izvršitelj obrade bez poslovnog nastana u Europskoj uniji, ako su aktivnosti obrade povezane s: (a) nuđenjem robe ili usluga takvim ispitanicima u Europskoj uniji, neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje; ili (b) praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Europske unije. Kao i u Direktivi, stavkom 3. propisano je da se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka koju obavlja voditelj obrade koji nema poslovni nastan u Europskoj uniji već na mjestu gdje se pravo države članice primjenjuje na temelju međunarodnog javnog prava.

Odmah se uočava da je, za razliku od Direktive kojom se člankom 4. propisivala primjena mjerodavnog nacionalnog prava kako bi se uspostavila razgraničenja između države članice, člankom 3. Uredbe propisano teritorijalno područje primjene ujednačenih pravila Uredbe radi njezina razgraničenja s propisima trećih država. Nadalje, sukladno odredbi članka 3. stavka 1., Opća uredba o zaštiti podataka primjenjuje se na obradu osobnih podataka u okviru aktivnosti poslovnog nastana voditelja obrade ili izvršitelja obrade u Europskoj uniji. Jasno je da za utvrđenje „poslovnog nastana voditelja obrade ili izvršitelja obrade“ valja u prethodno navedenome utvrditi tko je uopće „voditelj obrade“⁴⁰ ili „izvršitelj obrade“⁴¹ za određenu obradu kako bi se potom utvrdilo gdje ta osoba ima poslovni nastan. Posebno je zanimljivo istaknuti da je, za razliku od Direktive o zaštiti podataka, Opća uredba za zaštitu podataka svoje područje primjene nadovezala ne samo na voditelje obrade nego i na izvršitelje obrade. Dodajući i izvršitelja obrade na popis osoba čiji je

³⁹ Valja pripaziti jer u službenom prijevodu Direktive pogreškom nije navedena riječ „osim“, što bitno mijenja smisao točke (c).

⁴⁰ Prema članku 4. stavku 7. Opće uredbe o zaštiti podataka voditelj obrade znači „fizička ili pravna osoba, tijelo javne vlasti, agencija ili drugo tijelo koje samo ili zajedno s drugima određuje svrhe i sredstva obrade osobnih podataka“.

⁴¹ Prema članku 4. stavku 8. Opće uredbe o zaštiti podataka, izvršitelj obrade je „fizička ili pravna osoba, tijelo javne vlasti, agencija ili drugo tijelo koje obrađuje osobne podatke u ime voditelja obrade“.

poslovni nastan relevantan za primjenu Uredbe, zakonodavci su proširili njezino područje primjene.

Također, prethodne odredbe kojima je bio uređen teritorijalni dohvat odredbi Direktive o zaštiti podataka sadržavale su kriterije „poslovnog nastana“, „međunarodnog prava“ i „opreme“ iz članka 4. stavka 1., pri čemu je treći spomenuti kriterij napušten u Općoj uredbi za zaštitu podataka, pa je ovdje izostavljen iz rasprave, dok je prvi kriterij i dalje u primjeni i bio je predmetom tumačenja Suda Europske unije u nekoliko presuda koje i dalje nastavljaju biti relevantne za tumačenje odgovarajuće odredbe članka 3. stavka 1. Opće uredbe za zaštitu podataka.⁴² Taj je kriterij ujedno i najčešće korišten u praksi kao primarni u sustavu odredbi iz članka 3.,⁴³ ali i iz praktičnog razloga jer je provedba učinkovitija prema subjektima unutar Europske unije negoli izvan nje.⁴⁴ Provedba Opće uredbe za zaštitu podataka u trećim državama kroz sudske i druge postupke čak se ocjenjuje iluzornom.⁴⁵

3.2. Kriterij „poslovnog nastana“

Odredbom članka 3. stavka 1. predviđeno je da će se Opća uredba za zaštitu podataka primijeniti na obradu osobnih podataka u okviru aktivnosti poslovnog nastana voditelja obrade ili izvršitelja obrade u Europskoj uniji, neovisno o tome gdje se obavlja obrada. Nakon što je utvrđeno da je određeni subjekt voditelj obrade ili izvršitelj obrade, prvi sljedeći korak jest utvrditi ima li „poslovni nastan“ u Europskoj uniji, a potom i provodi li se obrada osobnih podataka „u okviru aktivnosti toga poslovnog nastana“.

3.2.1. „Poslovni nastan“ u Europskoj uniji

Time su svakako obuhvaćene obrade podataka koje obavlja voditelj obrade, odnosno izvršitelj obrade s formalnim primarnim ili sekundarnim poslovnim nastanom unutar Europske unije. Primjer je u predmetu *Google Spain*, u kojem je trgovačko

⁴² Tako i Claes G. GRANMAR, Global applicability of the GDPR in context, *International Data Privacy Law*, 2021., dostupno na: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipab012> (posljednji posjet 15. srpnja 2021.), 6.

⁴³ Vidi: GRANMAR, 2.

⁴⁴ Christopher KUNER, Territorial Scope and Data Transfer Rules in the GDPR: Realising the EU's Ambition of Borderless Data Protection, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 20/2021, April 2021., dostupno na <https://ssrn.com/abstract=3827850> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3827850> (posljednji posjet 30. svibnja 2021.), 13.

⁴⁵ Benjamin GREZE, The Extra-Territorial Enforcement of the GDPR: A Genuine Issue and the Quest for Alternatives, *International Data Privacy Law*, 2, 2019., 127.

društvo Google Spain SL, sa sjedištem u Španjolskoj, kao društvo kći trgovačkog društva Google Inc. sa sjedištem u SAD-u, imalo formalni poslovni nastan u Europskoj uniji.⁴⁶ Naime, u tom predmetu, poznatom po tome što je Sud Europske unije uspostavio pravo na uklanjanje poveznice s popisa rezultata prilikom pretrage na internetskoj tražilici, Sud Europske unije potvrdio je primjenu Direktive na Google Inc. sa sjedištem u Sjedinjenim Američkim Državama i na Google Spain sa sjedištem u Španjolskoj, uz obrazloženje da je usluga internetske tražilice koju je pružao prvi neodvojivo ekonomski povezana s uslugama oglašavanja na istoj tražilici koju je pružao drugi subjekt. Sud Europske unije držao je da je time ispunjena pretpostavka da se obrada podataka odvija u sklopu djelatnosti poslovnog nastana voditelja obrade koji je smješten na području države članice Europske unije.⁴⁷ Jednako tako, u predmetu *Wirtschaftsakademie*, koji se često naziva *Facebook Fan Pages*, Sud Europske unije, pozivajući se na presudu u predmetu *Google Spain*, zaključio je da se prema članku 4. stavku 1. točki (a) njemačko pravo primjenjuje na obradu podataka koju obavlja Facebook Ireland kada Facebook Germany pruža usluge oglašavanja jer su s tom obradom neodvojivo povezane, pa se odvijaju u sklopu djelatnosti Facebook Ireland.⁴⁸

Tumačenje u pogledu teritorijalnog dosega Opće uredbe za zaštitu podataka prema članku 3. Sud Europske unije pružio je i u predmetu *Google Inc. protiv CNIL* smatrajući da se pravo na brisanje („pravo na zaborav“) iz članka 17. ne primjenjuje na sve nacionalne inačice internetske tražilice Google Search, ali da je u načelu to potrebno provesti na inačicama svih država članica Europske unije. Pritom zakonodavci Europske unije mogu u budućnosti propisati i takav doseg kao što i nacionalna nadležna tijela u državama članicama nemaju prepreka da to isto učine u pogledu njihovih nacionalnih inačica.⁴⁹

Odredbom članka 3. stavka 1. obuhvaćene su i obrade podataka kod kojih nema primarnog poslovnog nastana, kao i kod kojih nema formalnog sekundarnog poslovnog nastana u Europskoj uniji kako se razumiju u primarnom pravu Europske unije – u članku 3. stavku 1. Opće uredbe pojam poslovnog nastana bitno je širi. Naime, u preambuli Uredbe pojašnjava se da pravni oblik sekundarnog poslovnog nastana u Europskoj uniji, bilo kroz podružnicu ili društvo kćer

⁴⁶ Sud EU, C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, 13. svibnja 2014, EU:C:2014:317, para. 49. Vidi: <https://www.infoempresa.com/es-es/es/empresa/google-spain-sl> (posljednji posjet 20. svibnja 2021.).

⁴⁷ Sud EU, C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, 13. svibnja 2014, EU:C:2014:317, para. 56.

⁴⁸ Vidi: Sud EU, C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, 5. lipnja 2018., EU:C:2018:388, para. 52-64.

⁴⁹ Sud EU, C-507/17, *Google Inc. protiv CNIL*, 24. rujna 2019., EU:C:2019:772, para. 64., 66. i 72.

s pravnom osobnošću, nije odlučujući čimbenik.⁵⁰ To je pojašnjenje preuzeto iz Direktive o zaštiti podataka⁵¹ te potvrđeno u sudskoj praksi, posebice presudom u predmetu VKI.⁵² U tom predmetu Sud Europske unije držao je da Amazon EU, trgovačko društvo sa sjedištem u Luksemburgu koje je svoje djelatnosti usmjeravalo potrošačima u Austriji putem internetske stranice s vršnom domenom .de, može imati svoj poslovni nastan i u državi članici različitoj od Luksemburga. To treba utvrditi nacionalni sud vodeći se kriterijem „stvarne i djelotvorne djelatnosti”, što ne znači nužno društvo kćer ili podružnicu, a za njegovo ispunjenje nije dostatna samo dostupnost internetske stranice u toj državi članici.⁵³ Drugim riječima, poslovni nastan u smislu te odredbe nije nužno formalan u smislu prava trgovačkih društava već može biti i drugačije prirode pod pretpostavkom da je riječ o „djelotvornom i stvarnom obavljanju djelatnosti putem stabilnog aranžmana”⁵⁴.

Stabilnost aranžmana i djelotvorno obavljanje djelatnosti imaju se utvrditi u svjetlu posebne prirode ekonomske djelatnosti i usluga koje se pružaju u konkretnom slučaju. To je posebno primjenjivo na poduzeća koja svoje usluge nude isključivo putem interneta,⁵⁵ jer su takvi oblici poslovanja vezani uz manji broj zaposlenika/radnika i jednostavniju organizaciju poslovanja negoli u djelatnostima koje se odvijaju *offline*. U predmetu *Weltimmo* Sud Europske unije presudio je da formalna registracija trgovačkog subjekta u Slovačkoj nije prepreka mađarskim nadležnim tijelima da postupaju i primijene mađarsko pravo sukladno članku 4. stavku 1. točki (a) Direktive za zaštitu podataka. Naime, poslovni nastan *Weltimma* bio je u Mađarskoj jer je tamo provodio stvarne i djelotvorne djelatnosti putem internetskih stranica o nekretninama u Mađarskoj, na mađarskom jeziku, putem kojih naplaćuje naknadu i obrađuje osobne podatke u sklopu djelatnosti toga poslovnog nastana objavljujući na tim stranicama podatke o vlasnicima nekretnina i koristeći ih radi naplate naknada za oglase.⁵⁶ Povrh toga, *Weltimmo* je imao zastupnika u Mađarskoj, jednog od vlasnika udjela u tom trgovačkom društvu, koji se spominje u slovačkom registru društava pod adresom koja se nalazi u

⁵⁰ Uvodna izjava 22. Opće uredbe o zaštiti podataka.

⁵¹ Vidi uvodnu izjavu 19. Direktive o osobnim podatcima.

⁵² Sud EU, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl*, 28. srpnja 2016., EU:C:2016:61, para. 76.

⁵³ Sud EU, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl*, 28. srpnja 2016., EU:C:2016:61, para. 75.-77.

⁵⁴ Uvodna izjava 22. Opće uredbe o zaštiti podataka.

⁵⁵ Sud EU, C-230/14, *Weltimmo*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:639, para. 29.; Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., dostupno na https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_consultation_hr.pdf (posljednji posjet 20. svibnja 2021.), 6.

⁵⁶ Sud EU, C-230/14, *Weltimmo*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:639, para. 32.

Mađarskoj i koji je zadužen za pregovaranje s oglašivačima o ispunjenju neisplaćenih tražbina. Taj zastupnik služio je kao referentna osoba između tog društva i podnositelja pritužbi te ga je zastupao u upravnom i sudskom postupku. Nadalje, navedeno društvo otvorilo je bankovni račun u Mađarskoj namijenjen naplati svojih potraživanja i raspolagalo je poštanskim pretincem na području te države članice za svoje tekuće poslove. Svi ti čimbenici zajedno, ako ih utvrdi nacionalni sud, mogu potvrditi postojanje „poslovnog nastana“ u smislu članka 4. stavka 1. točke (a) Direktive za zaštitu osobnih podataka.⁵⁷

Neki su autori u presudi u predmetu *Weltimmo* prepoznali test „usmjeravanja“ djelatnosti putem internetske stranice prema ispitanicima u određenoj državi članici.⁵⁸ Takav test ne navodi se izrijekom ni u odredbi članka 3. stavka 1. ni u uvodnoj izjavi 22., koja se na njega odnosi, za razliku od uvodne izjave 23., koja se odnosi na članak 3. stavak 2.⁵⁹ Iako je Sud Europske unije na nejasan način u obrazloženju naveo činjenice o internetskoj stranici putem koje se obavlja djelatnost usmjerena korisnicima u toj državi članici (pružanje usluga i naplata naknada za pružene usluge) i obrada podataka u svezi s time, smatramo da bi se, sukladno ostatku obrazloženja u presudi u predmetu *Weltimmo*⁶⁰ i odredbi članka 3. stavka 1., trebalo zaključiti da tu nije riječ o testu „usmjeravanja“. Naime, Sud posebno navodi ostale činjenice koje se podudaraju s izrijekom navedenim kriterijem „poslovnog nastana“, a to je zastupnik u odnosnoj državi članici. Stoga je opravdano obrazloženje koje se odnosi na internetsku stranicu shvatiti kao dio šireg obrazloženja posebno povezanog i s pretpostavkom da se obrada osobnih podataka odvija „u okviru djelatnosti“ odnosno poslovnog nastana, o čemu više riječi u nastavku.

Slijedom izložene sudske prakse, Europski odbor za zaštitu podataka ističe da pretpostavku „stabilnog aranžmana“ u okolnostima poslovanja na internetu nije teško ispuniti jer će biti dovoljan ured u državi članici, ili čak samo jedan zaposlenik/radnik, odnosno zastupnik voditelja ili izvršitelja obrade, pod pretpostavkom da je rad, odnosno zastupanje ugovoreno na način, odnosno za vrijeme koje ukazuje na dostatnu razinu stabilnosti.⁶¹ U teoriji se nailazi na kritike navedenog

⁵⁷ Sud EU, C-230/14, *Weltimmo*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:639, para. 13. i 33.

⁵⁸ Diana SANCHO-VILLA, *Developing Search Engine Law: It Is Not Just about the Right to Be Forgotten*, *Legal Issues of Economic Intergration*, 42, 2015., 377.; Els KINDT, *Why Research May No Longer Be the Same: About the Territorial Scope of the New Data Protection Regulation*, *Computer Law and Security Review*, 32, 2016., 735.

⁵⁹ Vidi: *infra* poglavlje 3.3.

⁶⁰ Sud EU, C-230/14, *Weltimmo*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:639, para. 30. – 38.

⁶¹ Vidi: Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 6-7.

širokog tumačenja pojma „poslovnog nastana“ koje odstupa od uvriježenog značenja u pravu Europske unije, uz napomenu u odnosu na predmet *Weltimmo* da bi „takva konfuzija između identiteta pravnih osoba bila neprihvatljiva u bilo kojem pravnom sustavu“⁶². No prisutnost zaposlenika/radnika u Europskoj uniji sama po sebi ne dovodi do primjene Opće uredbe o zaštiti podataka već je nužno da se predmetna obrada podataka obavlja u okviru aktivnosti toga zaposlenika/radnika u Europskoj uniji, što je podrobnije pojašnjeno u nastavku.⁶³ Kao što je naznačeno u predmetu *VKI*,⁶⁴ na koji se poziva i Europski odbor za zaštitu podataka,⁶⁵ sama dostupnost internetske stranice u toj državi članici nije dovoljna.

U tom svjetlu valja promatrati i odluku engleskog suda (*England and Wales High Court*) u predmetu *Soriano*,⁶⁶ u kojem je državljaniin Ujedinjene Kraljevine s uobičajenim boravištem u istoj državi tužio Forensic News LLC, trgovačko društvo iz Sjedinjenih Američkih Država koje upravlja internetskim novinskim portalom <https://forensicnews.net/>, i nekoliko fizičkih osoba s više pravnih osnova uključujući povredu osobnih podataka sukladno članku 79. Opće uredbe za zaštitu podataka. Iako, slijedom nacionalnih postupovnih pravila u Ujedinjenoj Kraljevini, sud nije odlučio primjenjuje li se Opća uredba na obradu osobnih podataka tužitelja od strane tuženika, smatrao je da tužitelj nije uspio pokazati „stvarnu izglednost uspjeha“ („*a real prospect of success*“) zahtjeva slijedom članka 3. stavaka 1. i 2. Pozivajući se na Smjernice Europskog odbora za zaštitu podataka, sud je smatrao da internetska stranica u SAD-u na engleskom jeziku ne predstavlja „stabilni aranžman“ u Ujedinjenoj Kraljevini jer tamo Forensic News LLC nema ni zaposlenika/radnika ni zastupnika, ima tek nekoliko čitatelja, ali bez da je poslovno usmjeren Ujedinjenoj Kraljevini, te prima tek nekoliko donacija za pretplatu koje su prikupljene na temelju općenitih poziva.

Valja nakraju primijetiti da je Općom uredbom za zaštitu podataka pravni položaj voditelja obrade i izvršitelja obrade zasebno uređen, pa tako i u pogledu utvrđenja primjenjuje li se na pojedinu obradu koju provode sama Uredba sukladno članku 3. stavku 1. Prema tomu, činjenica da voditelj obrade koji je izvan Europske unije angažira izvršitelja obrade koji ima poslovni nastan u Europskoj uniji ne može dovesti do zaključka da je voditeljev (sekundarni) poslovni nastan

⁶² GRANMAR, 14.

⁶³ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 6-7.

⁶⁴ Sud EU, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl*, 28. srpnja 2016., EU:C:2016:61, para. 75.-77.

⁶⁵ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 7.

⁶⁶ *Soriano v Forensic News LLC & Others* [2021] EWHC 56 (QB) (15 January 2021).

u smislu članka 3. stavka 1. u Europskoj uniji samo zato što je izvršitelj poslovnog nastana tamo. Dakle pravni odnos voditelja obrade i izvršitelja obrade ne utječe na primjenu Uredbe ako jedan od njih nema, a drugi ima poslovni nastan u Europskoj uniji.⁶⁷

3.2.2. Obrada podataka „u okviru djelatnosti poslovnog nastana“

Nakon što je utvrđeno da je određena osoba voditelj (ili izvršitelj) obrade te da ima poslovni nastan u Europskoj uniji, potrebno je utvrditi obavlja li se odnosna obrada podataka „u okviru djelatnosti poslovnog nastana“. Dakle, valja uočiti da se u članku 3. stavku 1. ne zahtijeva da se obrada mora nužno obavljati „u“ samom odgovarajućem poslovnom nastanu u Europskoj uniji već je za primjenu Opće uredbe za zaštitu podataka na voditelja obrade ili izvršitelja obrade dovoljno da se obrada obavlja „u okviru aktivnosti“ odgovarajućeg poslovnog nastana u Europskoj uniji.⁶⁸ To valja utvrditi za svaki pojedinačni slučaj zasebno na temelju analize svih okolnosti slučaja. Iz dosadašnje prakse Suda Europske unije proizlazi da tumačenje toga pojma ne može biti restriktivno jer bi u suprotnom spriječilo ostvarenje svrhe Opće uredbe za zaštitu podataka – učinkovita i potpuna zaštita temeljnih prava i sloboda fizičkih osoba, a posebno prava na privatnost u vezi s obradom osobnih podataka, zbog čega je i propisano osobito široko teritorijalno područje primjene Uredbe.⁶⁹ Europski odbor za zaštitu podataka ističe da nije opravdano ni preširoko tumačenje kako ne bi svaka prisutnost subjekta iz treće zemlje u Europskoj uniji, ako je u najmanjoj mjeri povezana s aktivnostima obrade podataka, rezultirala primjenom Uredbe, posebno ako je trgovačka djelatnost koju na području države članice obavlja subjekt iz treće zemlje bitno udaljena.⁷⁰ Pritom predlaže dva čimbenika: 1) vezu između voditelja obrade ili izvršitelja obrade podataka izvan Europske unije i njegova lokalnog poslovnog nastana u Europskoj uniji te 2) ostvarivanje prihoda u Europskoj uniji.

Prvi čimbenik koji se odnosi na vezu između voditelja obrade i nastana u Europskoj uniji bio je prisutan u dosadašnjoj praksi i imenovan od Suda Europske unije

⁶⁷ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., dostupno na https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_consultation_hr.pdf (posljednji posjet 20. svibnja 2021.), 10-11.

⁶⁸ Sud EU, C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, 13. svibnja 2014, EU:C:2014:317, para. 52.

⁶⁹ Sud EU, C-230/14, *Weltimmo*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:639, para. 25.; Sud EU, C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, 13. svibnja 2014, EU:C:2014:317, para. 53.

⁷⁰ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 8.

kao „neodvojiva povezanost“ aktivnosti jednog i drugog subjekta.⁷¹ U predmetu *Google Spain*, Sud Europske unije utvrdio je da Google Inc. iskorištava Google Search i upravlja njime te da Google Spain u Španjolskoj obavlja aktivnost koja je izravno povezana s indeksacijom ili pohranjivanjem informacija ili podataka sadržanih na mrežnim stranicama trećih stranaka. Međutim, aktivnost promicanja i prodaje oglašivačkih prostora, čime se bavi Google Spain za Španjolsku, predstavlja bitan dio poslovne aktivnosti grupe Google i može se smatrati da je u poslovnom smislu ne samo usko već i neodvojivo povezana s Google Searchom. Stoga će okolnosti da su aktivnosti obrade podataka voditelja obrade ili izvršitelja obrade podataka s poslovnim nastanom izvan Europske unije „neodvojivo povezane“ s aktivnostima lokalnog poslovnog nastana u određenoj državi članici (kao u slučaju pružanja usluge internetske tražilice i usluge internetskog oglašavanja) dovesti do primjene prava zaštite podataka Europske unije, bez obzira na to što lokalni poslovni nastan nema nikakvu ulogu u samoj obradi podataka.

Drugi čimbenik koji može upućivati na obradu koju obavlja voditelj obrade ili izvršitelj obrade iz treće zemlje „u okviru aktivnosti poslovnog nastana u Europskoj uniji“ odnosi se na okolnost da lokalni poslovni nastan ostvaruje prihode u Europskoj uniji i relevantan je kada se takve aktivnosti mogu smatrati „neodvojivo povezanim“ s obradom osobnih podataka koja se obavlja izvan Europske unije i pojedincima u Europskoj uniji.⁷² To je ponovno uputa na presudu Suda Europske unije u predmetu *Google Spain* u kojoj je Google Inc. s prodajnim uredom ili drugim oblikom prisutnosti u Europskoj uniji, koji nije imao ulogu u stvarnoj obradi podataka, bio zahvaćen primjenom Opće uredbe jer se obrada odvijala u okviru prodajne aktivnosti u Europskoj uniji i te su prodajne aktivnosti poslovnog nastana u Europskoj uniji usmjerene na subjekte države članice u kojima je poslovni nastan smješten, u konkretnom slučaju Španjolske.

Slijedom navedenog, može se zaključiti da su teritorijalne veze koje treba utvrditi za primjenu Opće uredbe na temelju članka 3. stavka 1. dvojake: 1) teritorijalna povezanost s Europskom unijom samog voditelja obrade ili izvršitelja obrade – putem njegova poslovnog nastana u Europskoj uniji i 2) teritorijalna povezanost s Europskom unijom bilo kojeg oblika poslovne prisutnosti voditelja obrade ili izvršitelja obrade iz treće zemlje – putem poslovnog nastana takve prisutnosti u Europskoj uniji. Dvojake su i teritorijalne veze s Europskom unijom koje nisu relevantne za primjenu Opće uredbe i uključuju: 1) mjesto u kojem se

⁷¹ Sud EU, C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, 13. svibnja 2014, EU:C:2014:317, para. 56.

⁷² Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 8.

obavlja obrada podataka i 2) mjesto u kojem se nalazi ispitanik. Konačno, valja napomenuti da primjena Opće uredbe nije uvjetovana ni državljanstvom osobe o čijim je podacima riječ ni njezinim (uobičajenim) boravištem.⁷³

3.3. Kriterij „ciljanog pojedinca“

Člankom 3. stavkom 2. Opće uredbe o zaštiti podataka propisano je posve novom odredbom da se Uredba primjenjuje i na obradu osobnih podataka ispitanika u Europskoj uniji koju obavlja voditelj obrade ili izvršitelj obrade bez poslovnog nastana u Europskoj uniji, ako su aktivnosti obrade povezane s: (a) nuđenjem robe ili usluga takvim ispitanicima u Europskoj uniji, neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje; ili (b) praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Europske unije.

Ta odredba primjenjuje se na obrade u kojima voditelj obrade ili izvršitelj obrade nema poslovni nastan u Europskoj uniji, pa ni takvu prisutnost kakva je predviđena u članku 3. stavku 1. Pritom se razlikuju dva potkriterija kojima je zajednički nazivnik da zahtijevaju „da je ispitanik u Europskoj uniji“. Stoga, da bi se utvrdilo je li Opća uredba primjenjiva na temelju članka 3. stavka 2. na voditelja obrade ili izvršitelja obrade s poslovnim nastanom izvan Europske unije, potrebno je prvo utvrditi obrađuje li on osobne podatke „ispitanika u Europskoj uniji“, a zatim je li ta obrada povezana s „nuđenjem robe ili usluga“ ili s „praćenjem ponašanja ispitanika u Europskoj uniji“.

Europski odbor za zaštitu podataka naziva taj kriterij *targeting criterion*⁷⁴, što je prevedeno na hrvatski kao kriterij ciljanog pojedinca.⁷⁵ Iako se čini da bi taj kriterij bilo dosljednije nazvati kriterij „ispitanika“, s obzirom na to da je, kao i kod prethodnog kriterija „poslovnog nastana“, ključna teritorijalna veza između Europske unije i mjesta na kojem se nalazi ispitanik, ipak su zbog presudne uloge dodatnih pretpostavki vezanih uz djelatnosti koje ispitaniku upućuju voditelj obrade ili izvršitelj obrade prevagnule u korist naziva koji uključuje i riječ „ciljani“, kao što će biti pojašnjeno u nastavku. Mada bi primjereniji bio naziv kriterij „ciljanog ispitanika“, ovdje se koristi službeni prijevod kriterij „ciljanog pojedinca“ kako se u složenu tematiku ne bi unio dodatni element zabune.

⁷³ Uvodna izjava 14. Opće uredbe o zaštiti podataka.

⁷⁴ European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1, 12 November 2019, dostupno na https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_1.pdf (21. svibnja 2021.), 13.

⁷⁵ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 14.

3.3.1. „Ispitanik u Europskoj uniji“

Iako je u prijedlogu Opće uredbe za zaštitu osobnih podataka bio naveden kao kriterij „ispitanici s boravištem u Europskoj uniji“⁷⁶, takav je prijedlog naknadno zamijenjen teritorijalnijim, činjeničnijim i naizgled jednostavnijim zahtjevom da je „ispitanik u Europskoj uniji“. Takav konačni odabir poveznice može se pripisati prirodi prava koje je u pitanju – pravo na zaštitu osobnih podataka, a koje se Poveljom Europske unije o ljudskim pravima jamči svima neovisno o tome jesu li ili ne građani Europske unije. Stoga se takva primjena ne uvjetuje ni državljanstvom, prebivalištem, (redovnim) boravištem ili drugim pravnim statusom.⁷⁷

Kriterij „ispitanika u Europskoj uniji“ isključivo je činjenični kriterij i iziskuje utvrđivanje mjesta na kojem se on fizički nalazi. Iako ni sam prvotni kriterij boravišta nije bilo jednostavan za utvrđenje, nije to nužno ni konačni kriterij mjesta na kojem se ispitanik nalazi. Postoje naime tehničke mogućnosti koje olakšavaju utvrđenje te činjenice, kao što su aplikacije koje zemljopisno lociraju određene uređaje, pa se na temelju toga posredno može odrediti konkretno mjesto na kojem se nalazi određena osoba. No takve aplikacije nisu uvijek u primjeni. Određeni ispitanici mogu ih isključiti, trajno ili privremeno. Osim toga, fizička osoba može puno jednostavnije i brže promijeniti svoju fizičku lokaciju negoli boravište ili drugi pravni status. To dovodi do vremenskog sukoba propisa jer se postavlja pitanje treba li Uredbu primijeniti ako tijekom obrade dođe do promjene mjesta na kojem se nalazi ispitanik tako što on napušta Europsku uniju ili u nju ulazi. Prema Europskom odboru za zaštitu podataka, na pitanje nalazi li se ispitanik u Europskoj uniji odgovor treba dati s obzirom na činjenice u trenutku u kojem se odvija odgovarajuća aktivnost obrade podataka koja dovodi do njegove primjene, odnosno u trenutku ponude robe ili usluga ili u trenutku praćenja ponašanja, neovisno o tome koliko traje takva ponuda ili praćenje.⁷⁸

Moguće je da u vrijeme kada je obrada započeta (primjerice prikupljanjem i pohranom osobnih podataka) ispitanik nije bio u Europskoj uniji, ali je uskoro nakon toga došao na područje Europske unije i najveći dio vremena obrade (strukturiranje,

⁷⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), Brussels, 25.1.2012., COM(2012) 11 final, 2012/0011 (COD), 41. O problemima koji su uslijedili zbog nejednakih jezičnih verzija (posebno španjolske i portugalske u kojima je ostalo kriterij na boravišta ispitanika u Europskoj uniji) vidi: Graça CANTO MONIZ, Finally: A Coherent Framework for the Extraterritorial Scope of EU Data Protection Law – The End of the Linguistic Conundrum of Article 3(2) of the GDPR, *International Data Privacy Law*, 2, 2018., 105-116.

⁷⁷ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 15.

⁷⁸ Loc. cit.

pregledavanje, uspoređivanje, analiziranje i sl.) tamo proveo. I obratno, ispitanik se nalazi u Europskoj uniji kada je počela obrada te potom odlazi iz područja Europske unije za cijelo vrijeme obrade podataka. Ako se uzme u obzir da je namjera zakonodavaca Općom uredbom jamčiti da ispitanici ne ostanu bez zaštite na koju imaju pravo na temelju te Uredbe,⁷⁹ moguća su najmanje dva rješenja. Prvi mogući pristup jest podijeljena primjena prava tako da se na radnje obrade provedene za vrijeme dok je ispitanik bio u Europskoj uniji primjenjuje Uredba, dok se ne primjenjuje na radnje obrade za vrijeme dok je bio izvan Europske unije. Nasuprot podijeljenom pristupu jest cjelovit (holistički) pristup, prema kojem se takve situacije sagledavaju u cjelini, pa je odgovor jednak za cjelokupnu obradu podataka ispitanika koji je barem dio vremena obrade bio u Europskoj uniji.

Postavlja se pitanje bi li se na temelju odredbe točke (b) moglo zaključiti da su zakonodavci Europske unije preferirali jedan ili drugi pristup. Naime, iz riječi „praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Europske unije“ moglo bi se shvatiti da je primjena ograničena na situacije u kojima se ponašanje odvija u Europskoj uniji“, pa se time preferira podijeljeni pristup. Na temelju pomnijeg izučavanja odredbi međutim može se zaključiti da indikacija vremena nije bila u primisli zakonodavaca. Čita li se u cijelosti odredba u točki (b), uviđa se da ona cilja definirati teritorijalnu povezanost određenih poslovnih aktivnosti s Europskom unijom. To potvrđuje i raščlamba odredbe u točki (a), koja se odnosi na „nuđenje robe ili usluga takvim ispitanicima u Europskoj uniji“, pri čemu pojam „takvi ispitanici“ odgovara pojmu „ispitanici u Europskoj uniji“. Stoga bi taj dio odredbe, kada bi bio potpun, glasio „nuđenje robe ili usluga u Europskoj uniji ispitanicima u Europskoj uniji“. Prema tomu, izvorni dio odredbe točke (a) „u Europskoj uniji“ opisuje „nuđenje robe ili usluga“, a ne „ispitanike“ koji su već opisani pojmom „takvi“. Dakle, povezivanje trenutka relevantnog za primjenu Uredbe uz trenutak kada se roba ili usluge nude konkretnom ispitaniku ne proizlazi iz formulacije same odredbe. U obje točke (a) i (b) očigledna je namjera zakonodavaca da ponešto ograniči inače jako širok teritorijalni doseg Uredbe.⁸⁰

Iako se u prvi mah može činiti da je podijeljena primjena prava predvidljivija i manje otegotna za voditelje obrade, odnosno izvršitelje obrade, u praksi bi utvrđenje konkretnog vremena ulaska i izlaska ispitanika iz Europske unije i s time povezanim radnjama obrade predstavljalo značajni problem. Osim toga nije jasno kako bi voditelj obrade ili izvršitelj obrade uspio te činjenice povezati s radnjama obrade na način da potonje mijenja tako da čas jesu, a čas nisu usklađene sa zahtjevima iz

⁷⁹ Uvodna izjava 23. Opće uredbe za zaštitu podataka.

⁸⁰ Vidi: uvodna izjava 23. Opće uredbe za zaštitu podataka, pogl. 3.2.2.

Uredbe. Stoga bi u slučaju takvog tumačenja uvijek morao postupati usklađeno sa zahtjevima iz Uredbe, a to bi se moglo smatrati pretjeranim ekstrateritorijalnim učinkom Uredbe. U konačnici bi to dovelo do istog rezultata kao i kod holističkog pristupa u varijanti u kojoj bi se svaki doticaj ispitanika s teritorijem Europske unije smatrao dostatnim za primjenu Opće uredbe.⁸¹

Europski odbor za zaštitu podataka u tom smislu ističe da činjenica da se obrađuju osobni podatci pojedinca u Europskoj uniji sama po sebi nije dovoljna da bi se Opća uredba o zaštiti podataka primjenjivala na aktivnosti obrade voditelja obrade ili izvršitelja obrade koji nema poslovni nastan u Europskoj uniji. Prema tom Odboru, uvijek mora biti prisutan i element „ciljanih” pojedinaca u Europskoj uniji nuđenjem robe ili usluga ili praćenjem njihova ponašanja.⁸² Slijedom navedenog jasno je da se Europski odbor za zaštitu podataka priklonio holističkom pristupu, jer promjena njihove zemljopisne lokacije ne rezultira promjenom u primjeni Uredbe. Odbor odbacuje mogućnost da kao kriterij uzima samo činjenicu je li ispitanik u Europskoj uniji ili nije te je kombinira s ostalim elementima odredbe stavljajući naglasak na usmjeravanje aktivnosti nuđenja roba ili usluga ili praćenja ponašanja na fizičke osobe u Europskoj uniji.

Naime, kada je riječ o aktivnostima obrade povezanim s ponudom usluga, Odbor smatra da se ta odredba odnosi na aktivnosti čija su ciljana skupina s namjerom, a ne nehотиčno ili slučajno, pojedinci u Europskoj uniji. Stoga, ako se obrada odnosi na uslugu koja se nudi isključivo pojedincima izvan Europske unije, ali se usluga ne ukine nakon što ti pojedinci uđu na područje Europske unije, na povezanu obradu neće se primjenjivati Opća uredba o zaštiti podataka. U tom slučaju obrada se ne odnosi na namjerno ciljanje pojedinaca u Europskoj uniji već se odnosi na ciljanje pojedinaca izvan Europske unije koje će se nastaviti bez obzira na to ostanu li oni izvan područja Europske unije ili je posjete.⁸³ S druge strane, Odbor navodi primjer ponude digitalne usluge karta gradova za turiste trgovačkog društva s poslovnim nastanom i prisutnošću samo izvan Europske unije, a čija su ciljana skupina pojedinci u Europskoj uniji jer im se usluge nude dok se tamo i nalaze. Obrada osobnih podataka ispitanika koji se nalaze u Europskoj uniji povezana s ponudom te usluge obuhvaćena je područjem primjene Opće uredbe o zaštiti podataka u skladu s člankom 3. stavkom 2. točkom (a). Osim toga

⁸¹ Vidi: Ivana KUNDA, *European Union legislation: how far does it reach beyond the EU border?*, u: *China's One Belt One Road Initiative and Private International Law: Addressing Private International Law Concern* (Sooksripaisamkit, Poomin; Ramani Garimella, Sai ur.), New York: Routledge, 2018., 94-122., pogl. 3.2.2.

⁸² Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 15.

⁸³ Loc. cit.

obrađuju se i podatci o lokaciji ispitanika kako bi im se prikazivali ciljani oglasi ovisno o njihovoj lokaciji, a aktivnosti obrade odnose se i na praćenje ponašanja pojedinaca u Europskoj uniji. Stoga je to trgovačko društvo obuhvaćeno područjem primjene Opće uredbe o zaštiti podataka i u skladu s člankom 3. stavkom 2. točkom (b).⁸⁴

3.3.2. „Nuđenje robe ili usluga“ te „praćenje ponašanja“

Aktivnosti obrade povezane s: (a) nuđenjem robe ili usluga takvim ispitanicima u Europskoj uniji, neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje; ili (b) praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Europske unije

Prema odredbi članka 3. stavka 2. točke (a), obrada je podvrgnuta Općoj uredbi za zaštitu podataka kada je povezana s „nuđenjem robe ili usluga takvim ispitanicima u Europskoj uniji, neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje“. Već je prethodno pojašnjeno da se taj dio odredbe treba samostalno čitati na način da glasi: „nuđenjem robe ili usluga u Europskoj uniji ispitanicima u Europskoj uniji, neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje“. Ne bi li se utvrdilo je li ta pretpostavka ispunjena, u uvodnoj izjavi 23. navodi se da ujedno treba utvrditi je li očito da voditelj obrade ili izvršitelj obrade namjerava ponuditi usluge ispitanicima koji se nalaze u jednoj ili više država članica Europske unije. Navedeni test podsjeća na test „usmjeravanja“ u predmetima iz područja suradnje u građanskim predmetima s prekograničnim implikacijama.⁸⁵ U tim predmetima potvrđeno je da sama dostupnost internetske stranice nije dostatna veza da bi se ustanovila međunarodna nadležnost. Jednako tako, sama dostupnost internet-skih stranica voditelja obrade, izvršitelja obrade ili posrednika u Europskoj uniji ili adrese elektroničke pošte i drugih kontaktnih podataka ili korištenje jezikom koji je općenito u uporabi u trećoj zemlji u kojoj voditelj obrade ima poslovni nastan nedovoljni su za utvrđivanje takve namjere, čimbenici kao što je korištenje jezikom ili valutom koji su općenito u uporabi u jednoj ili više država članica s mogućnošću naručivanja robe i usluga na tom drugom jeziku, ili spominjanje kupaca ili korisnika koji se nalaze u Europskoj uniji, mogu jasno pokazati da voditelj obrade namjerava nuditi robu ili usluge ispitanicima u Europskoj uniji.⁸⁶ Iako je vrlo privlačno koristiti se već prethodno navedenim čimbenicima, ostaje otvore-

⁸⁴ Ibid., 16.

⁸⁵ Vidi primjerice: Sud EU, C-585/08, *Pammer i Hotel Alpenhof*, 7. prosinca 2010., EU:C:2010:740, para. 93.

⁸⁶ Uvodna izjava 23. Opće uredbe za zaštitu podataka.

nim pitanje hoće li se na taj način dostupna fleksibilnost osigurati nauštrb pravne sigurnosti. Dok neki pozdravljaju ovaj test „usmjeravanja“ pod pretpostavkom da su njegovi sastojci pomno uravnoteženi,⁸⁷ drugi kao manjkavost samog testa „usmjeravanja“ uočavaju njegovu subjektivnost i praktičnu nedostatnost čimbenika u sklopu prava zaštite osobnih podataka.⁸⁸

Europski odbor za zaštitu podataka donosi primjerični popis čimbenika koji bi se, samostalno ili u kombinaciji, mogli razmotriti kad se u obzir uzimaju konkretne okolnosti slučaja pri utvrđenju je li nuđena roba ili usluga u Europskoj uniji: u vezi s robom ili uslugom koja se nudi imenom se navodi Europska unija ili najmanje jedna država članica, voditelj obrade ili izvršitelj obrade podataka plaća naknadu operatoru tražilice za uslugu referenciranja na internetu kako bi potrošačima u Europskoj uniji olakšao pristup svojim stranicama ili pak voditelj obrade ili izvršitelj obrade pokreće marketinške i promidžbene kampanje čija su ciljna publika stanovnici određene države članice Europske unije, međunarodna dimenzija predmetne aktivnosti, kao što su određene turističke aktivnosti, navođenje adresa ili telefonskih brojeva namijenjenih kontaktiranju iz određene države članice Europske unije, upotreba naziva vršne domene koji se ne odnosi na treću državu u kojoj voditelj obrade ili izvršitelj obrade ima poslovni nastan, naprimjer „.de“, ili upotreba neutralnih naziva vršne domene kao što je „.eu“, navođenje uputa za putovanje iz jedne ili više država članica Europske unije do mjesta na kojem se pruža usluga, navođenje međunarodne klijentele koju čine potrošači s domicilom u različitim državama članicama Europske unije konkretno prikazivanjem osvrta tih potrošača, upotreba jezika ili valute koji nisu oni koji se uobičajeno upotrebljavaju u zemlji trgovca, posebno jezika ili valute jedne ili više država članica Europske unije te voditelj obrade podataka nudi uslugu dostave robe u države članice Europske unije. Pritom je važno podsjetiti da će se odabir čimbenika vršiti od predmeta do predmeta s obzirom na konkretne okolnosti te da neki od čimbenika mogu biti samostalno relevantni, dok ostali mogu biti relevantni samo u kombinaciji s drugim čimbenicima.⁸⁹

Obrada osobnih podataka ispitanika koji su u Europskoj uniji, od strane voditelja obrade ili izvršitelja obrade koji nema poslovni nastan u Europskoj

⁸⁷ Mistale TAYLOR, Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction, Brussels Privacy Hub Working Paper, 6, 2016., dostupno na: <http://brusselsprivacyhub.eu/BPH-Working-Paper-VOL2-N6.pdf> (posljednji posjet 30. svibnja 2021.), 18.

⁸⁸ Dan Jerker B. SVANTESSON, Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation, *International Data Privacy Law*, 4, 2015., 231-232.

⁸⁹ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 18.

uniji, podvrgnuta je Općoj uredbi za zaštitu podataka i ako su aktivnosti obrade povezane s „praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Europske unije“ sukladno odredbi članka 3. stavka 2. točke (b). Misli se, dakako, na ponašanje ispitanika. Čini se međutim da je u navedenoj odredbi prisutan određeni stupanj tautologijskog izražavanja. Dio odredbe koji glasi „dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Europske unije“ izgleda suvišnim jer je već obuhvaćen općom pretpostavkom da je riječ o ispitaniku koji je „u Europskoj uniji“. Naime, iako Europski odbor za zaštitu podataka inzistira na kumulativnim pretpostavkama da se ponašanje odnosi na ispitanika u Europskoj uniji i da se ponašanje koje se prati odvija na području Europske unije,⁹⁰ teško je zamisliti situaciju u kojoj je riječ o ponašanju osobe u Europskoj uniji, a da ona pritom fizički nije u Europskoj uniji. Situacija bi bila posve drugačija da se pretpostavka odnosi na ponašanje koje ima „učinak“ u Europskoj uniji, ali odredba nije sročena ili namjeravana u tom smjeru.⁹¹ Pokušavajući odredbu članka 3. stavka 2. kvalificirati u okvirima teorije o ekstrateritorijalnoj primjeni propisa, neki zaključuju da je ta odredba odstupila od načela teritorijalnosti u smjeru načela pasivnog personaliteta.⁹²

Tumačenje pojma „praćenje“ bitno je za primjenu navedene odredbe. Imajući na umu svrhu s kojom voditelj obrade obrađuje podatke, ne treba svaki oblik internetskog prikupljanja ili analize osobnih podataka pojedinaca u Europskoj uniji nužno smatrati „praćenjem“. Da bi se utvrdilo potpada li određena obrada pod taj opis, zakonodavci Europske unije predlažu da se provjeri prati li se pojedince na internetu među ostalim mogućom naknadnom upotrebom tehnika obrade osobnih podataka koje se sastoje od izrade profila pojedinca, osobito radi donošenja odluka koje se odnose na njega ili radi analize ili predviđanja njegovih osobnih sklonosti, ponašanja i stavova.⁹³ „Praćenje“ bi stoga trebalo obuhvaćati širok spektar aktivnosti praćenja, među kojima su osobito: oglašavanje na temelju ponašanja, geolokalizacijske aktivnosti, posebno u marketinške svrhe, internet-sko praćenje s pomoću kolačića ili drugih tehnika praćenja kao što je digitalni oti-sak, personalizirane internetske analitičke usluge u području prehrane i zdravlja, televizija zatvorenog kruga (CCTV), ispitivanja tržišta i druge studije o ponašanju

⁹⁰ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 20.

⁹¹ Argumente u prilog tomu da Opća uredba za zaštitu podataka ne utjelovljuje doktrinu učinka vidi: TAYLOR, 19; Alberto MIGLIO, *Enforcing the Right to be Forgotten Beyond EU Borders*, u: *Use and Misuse of New Technologies* (Carpanelli, Elena; Lazzarini, Nicole ur.), Cham: Springer, 2019., 312.

⁹² Dan JERKER B. SVANTESSON, *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Ex Tuto Publishing, 2013., 141-142.

⁹³ Uvodna izjava 24. Opće uredbe za zaštitu podataka.

na temelju pojedinačnih profila i praćenje zdravstvenog stanja pojedinca ili redovito izvješćivanje o tome.⁹⁴

I u ovom kontekstu zanimljivo je spomenuti odluku engleskog suda (*England and Wales High Court*) u predmetu *Soriano*.⁹⁵ Sud je smatrao da ništa ne ukazuje na to da se aktivnost usmjerava u Ujedinjenu Kraljevinu u pogledu nuđenih roba i usluga referirajući se time na članak 3. stavak 2. točku (a) Opće uredbe za zaštitu podataka. Smatrao je i da, iako je promotivni artikl mogao biti kupljen putem internetske stranice i dostavljen u Ujedinjenu Kraljevinu, to nije bilo povezano s osnovnom djelatnošću tuženika – novinarstvom. Čini se da je uvođenjem osnovne djelatnosti kao kriterija engleski sud odstupio i od odredbe i uvodnih izjava Opće uredbe i Smjernica Europskog odbora za zaštitu podataka jer se ni u jednom ne spominje takva kvalifikacija. U odnosu na članak 3. stavak 2. točku (b), sud je načelno prihvatio mogućnost da prikupljanje kolačića za svrhe izrade profila korisnika internetske stranice radi učinkovitijeg oglašavanja predstavlja „praćenje“, no u konkretnom predmetu to, prema sucu, nije bilo relevantno jer se tužba odnosila na sasvim drugo pitanje koje s pitanjem kolačića radi „praćenja“ nije imalo nikakve veze.

3.4. Međunarodno javno pravo kao osnova primjene

Člankom 3. stavkom 3. predviđa se da se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka koju obavlja voditelj obrade koji nema poslovni nastan u Europskoj uniji već na „mjestu gdje se pravo države članice primjenjuje na temelju međunarodnog javnog prava“. Ta je odredba dopunjena u uvodnoj izjavi 25. u kojoj se navodi da bi se, kada se pravo države članice primjenjuje na temelju međunarodnog javnog prava, ta Uredba trebala primjenjivati i na voditelje obrade koji nemaju poslovni nastan u Europskoj uniji, kao naprimjer u diplomatskom ili konzularnom predstavništvu države članice. To može obuhvaćati i brodove, odnosno zrakoplove koji viju zastavu određene države članice.

Osnovni problem u vezi s tom odredbom sastoji se u tome da diplomatsko ili konzularno predstavništvo nije u pravilu voditelj obrade, u smislu odredbe članka 4. točke 7. Opće uredbe za zaštitu podataka, već je to sama država članica ili ministarstvo vanjskih poslova, u ovisnosti o tomu kako je pravno uređen njihov

⁹⁴ Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., 20-21.

⁹⁵ *Soriano v Forensic News LLC & Others* [2021] EWHC 56 (QB) (15 January 2021).

status, odnosno pravna osobnost.⁹⁶ Stoga je navedena odredba suvišna jer je obrada podataka u tim predstavništvima stoga uvijek, prema kriteriju „poslovnog nastana“ iz članka 3. stavka 1., podvrgnuta Uredbi. Odredba je problematična i po tome što unosi nejasnoću u odnosu na djelovanje pravila međunarodnog javnog prava u tom dijelu opisom da je diplomatsko ili konzularno predstavništvo „mjesto gdje se primjenjuje pravo države članice na temelju međunarodnog javnog prava“. Točnije bi bilo reći da je to zapravo mjesto u kojem se preklapaju nadležnosti države primateljice i države šiljateljice, pa zato navedena odredba ostaje izvorom posvemašnjeg čuđenja.⁹⁷

4. Zaključak

Prepoznati kao elementi identiteta pojedinca, osobni podatci zahtijevaju visok stupanj zaštite. Takva je zaštita posebno naglašena u okolnostima suvremenog tehnološkog razvoja i globalne naravi djelatnosti koje se ne temelje na obradi (osobnih) podataka. Ne ulazeći u materijalna i postupovna jamstva uspostavljena Općom uredbom za zaštitu podataka, istraživanje u ovom radu u središte interesa stavilo je mehanizme osiguranja zaštite u prekograničnim okolnostima, naime odredbe o teritorijalnom području primjene Uredbe.

Budući da je na svjetskoj razini Opća uredba za zaštitu podataka postavila vjerojatno najviši standard zaštite osobnih podataka, polazišna je osnova da je šira primjena Uredbe ujedno i jamstvo snažnije zaštite identiteta pojedinaca. Takva se primjena nadovezuje na cilj koji promiče Opća uredba za zaštitu podataka – da ispitanici ne budu lišeni zaštite u pogledu svojih osobnih podataka na koju imaju pravo na temelju te Uredbe samo zato što je voditelj obrade ili izvršitelj obrade osoba bez primarnog, formalnog ili ikakvog poslovnog nastana u Europskoj uniji. Za navedene situacije predviđena su pravila kojima se jednostrano razgraničava područje primjene Uredbe prema dvama osnovnim kriterijima: kriteriju „poslovnog nastana“ i kriteriju „ciljanog pojedinca“- ispitanika. Raščlamba ranijih i sadašnjih odredbi i sudske prakse ukazuje na to da je relativno široko tumačenje kriterija u dosadašnjoj praksi dovelo do širenja obuhvata Uredbe. S druge strane ne postoji uvjetovanost primjene Uredbe državljanstvom, prebivalištem ili (redovnim) boravištem ispitanika u Europskoj uniji već je to jedino fizička nazočnost na području Europske unije. Ona je u kombinaciji s usmjeravanjem aktivnosti alternativa

⁹⁶ Claire JERVIS, The curious case of Article 3(3) of the GDPR and its application to diplomatic missions, *International Data Privacy Law*, 10, 2020., 108-109.

⁹⁷ JERVIS, The curious case of Article 3(3), 111-112.

pretpostavci da voditelj obrade ili izvršitelj obrade ima poslovni nastan u Europskoj uniji. Stoga je teoretski moguće da se Uredba primijeni na zahtjeve ispitanika iz bilo kojeg dijela svijeta.⁹⁸

Ipak, postoje situacije u kojima je obuhvat možda nedostatan. Naime, slijedom navođenja posebnih djelatnosti u vezi s kojima je moguća primjena Uredbe kada voditelj obrade nema poslovni nastan u Europskoj uniji (nuđenje roba ili usluga, praćenje ponašanja) slijedi da bi obrade osobnih podataka ispitanika lociranih u Europskoj uniji koje provodi takav voditelj obrade ili izvršitelj obrade u neke druge svrhe, primjerice u svrhu istraživanja, bile izvan područja primjene Opće uredbe za zaštitu podataka.⁹⁹

Odredbe o teritorijalnom području primjene tek su jedan od sastojaka u koktelu odredbi kojima Uredba cilja osnažiti ispitanike. One bi zajedno trebale pridonijeti povećanju nadzora ispitanika nad osobnim podacima, a time i učinkovitijem „upravljanju“ elementima identiteta pojedinca. Nadovezujući se na to, zakonodavci Europske unije očekuju i povećanje povjerenja ispitanika u podatkovnu ekonomiju te njezin veći rast uključujući i onaj u domeni prijenosa osobnih podataka. U interesu bi stoga bilo i voditeljima obrade i izvršiteljima obrade da djeluju usklađeno u Uredbom. Hoće li se i u kojoj mjeri ta idealna slika i ostvariti, teško je predvidjeti, no u međuvremenu je važno osvijestiti da su naši osobni podaci, kao vrijedni elementi u konstrukciji naših identiteta, koje svakodnevno dijelimo u komercijalne svrhe, naša istinska bit te da ih je stoga potrebno dosljedno štititi oslanjajući se na sve mehanizme koje imamo na raspolaganju u sklopu postojećih propisa.

⁹⁸ MIGLIO, 321.

⁹⁹ MIGLIO, *Enforcing the Right to be Forgotten Beyond EU Borders*, 310.

Korišteni izvori

Knjige i članci

Maja BRKAN, Data protection and conflict-of-laws: a challenging relationship, *European Data Protection Review*, 3., 2016., 324-341.

Claes G. GRANMAR, Global applicability of the GDPR in context, *International Data Privacy Law*, 2021., dostupno na: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipab012> (posljednji posjet 15. srpnja 2021.), 1-20.

Benjamin GREZE, The Extra-Territorial Enforcement of the GDPR: A Genuine Issue and the Quest for Alternatives, *International Data Privacy Law*, 2, 2019., 109-128.

Dan Jerker B. SVANTESSON, A legal method for solving issues of Internet regulation applied to the regulation of cross-border privacy issues, *EUI Working Papers LAW* 2010/18, dostupno na <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/15344> (posljednji posjet 17. svibnja 2021.)

Claire JERVIS, The curious case of Article 3(3) of the GDPR and its application to diplomatic missions, *International Data Privacy Law*, 10, 2020., 107-114.

Els KINDT, Why Research May No Longer Be the Same: About the Territorial Scope of the New Data Protection Regulation, *Computer Law and Security Review*, 32, 2016., 729-748.

Tatjana KOLAR-GREGORIĆ, *Kriminalistička identifikacija osoba*, MUP RH: Zagreb, 2002.

W. KUAN HON, *Data Localization Laws and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

Ivana KUNDA, Zaštita osobnih podataka na internetu – kako iluziju pretvoriti u stvarnost?, u: *Pravna zaštita pojedinca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije* (Barbić, Jakša ur.), Zagreb: HAZU, 2021. (u tisku).

Ivana KUNDA, European Union legislation: how far does it reach beyond the EU border?, u: *China's One Belt One Road Initiative and Private International Law: Addressing Private International Law Concern* (Sooksripaisarnkit, Poomintr; Ramani Garimella, Sai ur.), New York: Routledge, 2018., 94-122.

Ivana KUNDA, *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci, 2007.

Ivana KUNDA, Overriding Mandatory Provisions before the CJEU: Takaways or Getaways?, u: *Liber Amicorum Monika Pauknerová* (Magdalena Pfeiffer ur.), Wolters Kluwer, 2021. (u tisku).

Christopher KUNER, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, OUP, Oxford, 2013.

- Christopher KUNER, Territorial Scope and Data Transfer Rules in the GDPR: Realising the EU's Ambition of Borderless Data Protection, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 20/2021, April 2021., dostupno na <https://ssrn.com/abstract=3827850> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3827850> (posljednji posjet 30. svibnja 2021.), 3-33.
- Christopher KUNER, Lee A. BYGRAVE, Christopher DOCKSEY, Laura DRECHSLER (ur.), *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary Update of Selected Articles*, Oxford: OUP, 2020.
- Alberto MIGLIO, Enforcing the Right to be Forgotten Beyond EU Borders, u: *Use and Misuse of New Technologies* (Elena Carpanelli, Nicole Lazzerini ur.), Cham: Springer, 2019., 305-326.
- Graça CANTO MONIZ, Finally: A Coherent Framework for the Extraterritorial Scope of EU Data Protection Law – The End of the Linguistic Conundrum of Article 3(2) of the GDPR, *International Data Privacy Law*, 2, 2018., 105-116.
- Dário MOURA VINCENTE, Sofia DE VASCONCELOS CASIMIRO, Data Protection on the Internet: General Report, in: *Data Protection on the Internet* (Dário Moura Vincente, Sofia de Vasconcelos Casimiro ur.), Cham: Springer, 2020., 1-44.
- Diana SANCHO-VILLA, Developing Search Engine Law: It Is Not Just about the Right to Be Forgotten, *Legal Issues of Economic Intergration*, 42, 2015., 357-382.
- Dan Jerker B. SVANTESSON, *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Copenhagen: Ex Tuto Publishing, 2013.
- Dan Jerker B. SVANTESSON, Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation, *International Data Privacy Law*, 4, 2015., 226-234.
- Mistale TAYLOR, Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction, Brussels Privacy Hub Working Paper, 6, 2016., dostupno na: <http://brusselsprivacyhub.eu/BPH-Working-Paper-VOL2-N6.pdf> (posljednji posjet 30. svibnja 2021.) 3-24 .

Izvori prava

- Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 326, 26.10.2012.
- Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006 i 2/2010.
- Konvencija za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih, NN MU 4/2005.
- Dodatni protokol uz Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka, NN MU 4/2005.
- Protokol kojim se mijenja i dopunjuje Konvencija za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka, NN 8/2019.

- Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), SL L 119, 4.5.2016, ispravci SL L 127, 23.5.2018. i SL L 074, 4.3.2021.
- Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka. SL L 281, 23.11.1995.,
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), Brussels, 25.1.2012., COM(2012) 11 final, 2012/0011 (COD),
- Europski odbor za zaštitu podataka, Smjernice 3/2018 o teritorijalnom području primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (članak 3.), verzija 2.1, 12. studenoga 2019., dostupno na https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_consultation_hr.pdf (posljednji posjet 20. svibnja 2021.),
- Article 29 Working Party, Opinion No 4/2007 on the concept of personal data WP 136, 10.6.2007, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, 10-12.

Sudska praksa

- Sud EU, C-201/14, *Bara i drugi*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:638.
- Sud EU, C-439/19, *B protiv Latvijas Republikas Saeima*, 22. lipnja 2021., EU:C:2021:504.
- Sud EU, C-582/14, *Breyer*, 19. listopada 2016., EU:C:2016:779.
- Sud EU, C-345/17, *Buivids*, 14. veljače 2019., EU:C:2019:122.
- Sud EU, C-311/18, *Data Protection Commissioner protiv Facebook Ireland Ltd i Maximilliana Schremsa (Schrems II)*, 16. srpnja 2020., EU:C:2020:559.
- Sud EU, C-212/13, *František Ryneš*, 11. prosinca 2014., EU:C:2014:2428.
- Sud EU, C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, 13. svibnja 2014., EU:C:2014:317.
- Sud EU, C-507/17, *Google Inc. protiv CNIL*, 24. rujna 2019., EU:C:2019:772.
- Sud EU, C-101/01, *Lindqvist*, 11. lipnja 2000., EU:C:2003:596.
- Sud EU, C-398/15, *Manni*, 9. ožujka 2017., EU:C:2017:197.
- Sud EU, C-362/14, *Maximillian Schrems protiv Data Protection Commissioner (Schrems I)*, 6. listopada 2015., EU:C:2015:650.
- Sud EU, C-207/16, *Ministerio Fiscal*, 2. listopada 2018., EU:C:2018:788.
- Sud EU, C-434/16, *Nowak*, EU:C:2017:994, 20. prosinca 2017.
- Sud EU, C-585/08, *Pammer i Hotel Alpenhof*, 7. prosinca 2010., EU:C:2010:740.

Sud EU, C-623/17, *Privacy International*, 6. listopada 2020., EU:C:2020:790.

Sud EU, C-275/06, *Promusicae*, 29. siječnja 2008., EU:C:2008:54.

Sud EU, C-73/16, *Puškár*, 27. rujna 2017., EU:C:2017:725.

Sud EU, C-70/10, *Scarlet Extended*, 24. studenoga 2011., EU:C:2011:771.

Sud EU, C-536/15, *Tele2*, 15. ožujka 2017., EU:C:2017:214.

Sud EU, C-73/07, *Tietosuojavaluutettu protiv Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, 16. prosinca 2008., EU:C:2008:727.

Sud EU, C-25/17, *Tietosuojavaluutettu*, 10. srpnja 2018., EU:C:2018:551.

Sud EU, C-13/16, *Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde*, 4. svibnja 2017., EU:C:2017:336.

Sud EU, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl*, 28. srpnja 2016., EU:C:2016:61.

Sud EU, C-230/14, *Weltimmo*, 1. listopada 2015., EU:C:2015:639.

Sud EU, C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, 5. lipnja 2018., EU:C:2018:388.

Sud EU, C-342/12, *Worten*, 30. svibnja 2013., EU:C:2013:355.

Soriano v Forensic News LLC & Others [2021] EWHC 56 (QB) (15 January 2021).

Doc. dr. sc. Dora Zgrabljic Rotar
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

MJERODAVNO PRAVO ZA POVREDE PRAVA OSOBNOSTI PRAVNIH OSOBA

1. Uvod

Prava osobnosti jesu apsolutna, subjektivna, privatna prava koja pravni poredak priznaje nekoj osobi u pogledu njezinih osobnih, neimovinskih dobara.¹ U prava osobnosti ubrajamo i pravo na ugled, čast, dostojanstvo i ime pravne osobe. Poštivanje prava osobnosti jedan je od opravdanih razloga ograničenja slobode izražavanja. Pravo na slobodu izražavanja i pravo osobnosti ljudska su prava. Oba prava spadaju u kategoriju ljudskih prava zaštićenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine (dalje: Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava).² Oba prava podložna su ograničenjima radi zaštite slobode i prava drugih.

Države članice Europske unije imaju, ne samo apstraktnu nego i pozitivno-pravnu, obvezu koja proizlazi iz međunarodnih ugovora jamčiti zaštitu ljudskih prava, i to ne samo deklarativno već i u sudskoj praksi.³ Međutim ta dva ljudska prava – pravo osobnosti i pravo na slobodu izražavanja – nalaze se u hipotetskom konfliktu koji se često izražava kroz sporove o izvanugovornoj odgovornosti za povredu prava osobnosti.

¹ Klarić, Petar; Vedriš, Martin, 2006. *Građansko pravo*, deveto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb: Narodne novine, 104.; Gavella, Nikola, 2000. *Osobna prava*, I. dio, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 13.; Baretic, Marko, 2006. Pojam i funkcija neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima, Zagreb, *Zbornik PFZ*, Posebni broj, 465.

² Pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života člankom 8. Konvencije, a pravo na slobodu izražavanja člankom 10. Konvencije. NN MU 6/99, 8/99.

³ Alaburić, Vesna, Povreda prava osobnosti informacijama u medijima, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti* (Alaburić, Vesna; Baretic, Marko; Crnić, Ivica; Dika, Mihajlo; Gavella, Nikola; Klarić, Petar; Miladin, Petar; Nikšić, Saša, ur. Petar Klarić), Zagreb: Narodne novine, 2006., 5.

Sloboda izražavanja temelj je demokratskog društva. Dio slobode izražavanja jest i sloboda medija. No pravo na slobodu izražavanja jednako je vrijedno kao i pravo svake fizičke i pravne osobe na zaštitu svoje osobnosti, ponajprije časti i ugleda. Cilj jest stvoriti ravnotežu između ta dva ljudska prava. Ravnoteža između slobode izražavanja i prava na zaštitu osobnosti postiže se kako materijalno-pravnim, tako i kolizijskopравnim propisima.

Ravnotežu između slobode izražavanja i prava na zaštitu osobnosti teško je postići. Neke države prednost daju zaštiti slobode izražavanja, druge zaštiti prava osobnosti.⁴ Materijalna prava država članica koje uređuju takve sporove nisu usklađena i znatno se razlikuju.⁵ To se posebno jasno vidi u predmetima u kojima se odlučuje o povredi prava osobnosti putem medija. U novije vrijeme dodatna pravna pitanja otvara i distribucija vijesti putem interneta, a još kompleksnija pitanja otvara distribucija vijesti putem društvenih mreža.

Sporovi u kojima sukobljenima nalazimo ta dva ljudska prava, a međunarodno su obilježeni, otvaraju stoga cijeli niz poteškoća i mogućnosti manipulacije. Pri tome su danas takvi sporovi zbog lakše i brže distribucije vijesti putem tzv. novih medija mnogo češći. Naime ishod takvog postupka uvelike ovisi o tome u kojoj će se državi postupak voditi, odnosno koji će sud biti međunarodno nadležan te o tome koje će materijalno pravo sud pri tome primjenjivati.

Jedan od najpoznatijih načina manipulacije u sporovima o povredi prava osobnosti koji su međunarodno obilježeni poznat je u engleskom jeziku pod stručnim nazivom *libel tourism*.⁶ Radi se o obliku izbora nadležnog suda (*forum shoppinga*) u kojemu tužitelj pokreće tužbu za klevetu pred sudom države koja za njega ima najpovoljnije zakone. Taj izraz potječe iz Ujedinjenog Kraljevstva, koje je razvilo takav oblik „turizma“ zbog toga što engleski sudovi u sporovima zbog klevete u najširem opsegu preuzimaju nadležnost⁷, čime omogućavaju tužbe u sporovima s međunarodnim obilježjem pred engleskim sudovima te zbog nekih

⁴ Hartley, Trevor C., 2010. „Libel tourism” and conflict of laws. *International and Comparative Law Quarterly*, 1, 26.

⁵ Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, Final Report, JLS/2007/C4/028, veljača 2009., 6.

⁶ Termin je teško prevodiv na hrvatski jezik. Jedini prijevod koji odgovara njegovu značenju je onaj opisni – „turizam zbog zakonodavstva koje pogoduje tužitelju u tužbi zbog klevete”.

⁷ Prema engleskom pravu, u slučaju tužbe zbog klevete u tiskanim medijima, engleski sudovi bit će nadležni odlučivati o tužbi čak i slučaju kada je taj tiskani medij prodan u samo jednom primjerku u Ujedinjenom Kraljevstvu. U slučaju da se vijest distribuira putem interneta, nadležnost će postojati onda kada se sadržaj samo jednom skine na području Ujedinjenog Kraljevstva. U najvećem broju sporova radi klevete s međunarodnim obilježjem engleski sudovi primjenjivat će englesko pravo. Više vidi u: Hartley 2010, 26.

ključnih odrednica engleskog zakonodavstva toga područja. Primjerice teret dokaza o tome da se radi o lažnoj izjavi jest na tuženiku⁸, a engleski sudovi poznati su po, prema poredbenopravnim mjerilima, izuzetno visokim odštetama,⁹ a koje se uvijek dodjeljuju primjenom *lex fori*.¹⁰

Upravo zato što se materijalni propisi država članica Europske unije u ovom području toliko razlikuju bez izgledne mogućnosti njihove unifikacije, unifikacija kolizijskog prava, kao i u mnogim drugim poljima, postavljena je kao ključni element u postizanju zajedničkog tržišta Europske unije.¹¹ Međutim, prilikom donošenja Uredbe (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze¹² (dalje: Uredba Rim II), odredba o pravu mjerodavnom za sporove o povredi osobnosti izostavljena je iz ovog unifikacijskog akta, pa je pitanje prava mjerodavnog za povredu prava osobnosti ostalo jedno od rijetkih neunificiranih izvanugovornih obveza. Stoga se kod određivanja mjerodavnog prava za povredu osobnosti primjenjuju nacionalna kolizijska pravila država članica.

Kolizijskopravno uređenje izvanugovorne odgovornosti za povrede prava osobnosti također je, baš kao i materijalnopravno uređenje, u državama članicama Europske unije raznoliko. Rijetke su države koje imaju posebno kolizijsko pravilo za povredu prava osobnosti.¹³ Pravo mjerodavno za povredu prava osobnosti određuje se stoga u najvećem broju država članica na temelju općeg pravila za izvanugovorne obveze. Opća kolizijska pravila za izvanugovorne obveze u velikoj većini država članica upućuje na *lex loci delicti comissi*, odnosno pravo mjesta gdje je radnja počinjena.¹⁴

Nadalje, iako mnoge države članice za izvanugovorne obveze određuju mjerodavno pravo upućivanjem na istu poveznicu mjesta počinjenja štetne radnje, zbog različitog tumačenja poveznice mjesto gdje je učinjena štetna radnja te zbog različitih iznimaka u različitim pravnim sustavima¹⁵, primjena *lex loci delicti comissi* u različitim državama članicama može dovesti do primjene različitih materijalnih prava. Pri tome treba uzeti u obzir i *specificum* povrede prava osobnosti

⁸ Hartley 2010, 26.

⁹ Hartley 2010, 26.

¹⁰ Beaumont, Paul; Tang, Zheng, 2008. Classification of Delictual Damages - Harding v Wealands and the Rome II Regulation, *Edinburgh Law Review*, 1, 131.

¹¹ Comparative study 2009, 6.

¹² Službeni list Europske unije od 31.7.2007. L 199/40.

¹³ Comparative study 2009, 77. Posebna pravila imaju samo Mađarska, Litva, Belgija, Rumunjska i Bugarska.

¹⁴ Comparative study 2009, 79.

¹⁵ Comparative study 2009, 79-80.

putem medija koji su u mnogim slučajevima počinjeni na daljinu. Takve povrede učinjene u tiskanim medijima često se distribuiraju u više država, a one počinjene putem interneta dostupne su, načelno, od bilo kuda na svijetu.

Uredba Rim II, kojom su unificirana kolizijska pravila u Europskoj uniji, u općem pravilu za određivanje mjerodavnog prava za izvanugovorne obveze upućuje na pravo mjesta nastanka štete, pa se u slučaju primjene pravila Uredbe primjenjuje *lex loci damni*. U hrvatskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu¹⁶ polje primjene pravila Uredbe Rim II prošireno je i na one pravne odnose koji su isključeni iz njezina polja primjene Uredbe Rim II. To znači da će se na povredu prava osobnosti pravne osobe u sporu s međunarodnim obilježjem mjerodavno pravo određivati primjenom kolizijskih pravila iz Uredbe Rim II.

U nastavku ovoga rada u osnovnim je crtama prikazano materijalnopravno uređenje povrede prava osobnosti pravne osobe prema hrvatskom pravu te poredbenopravno (2.). Nakon toga, u trećem dijelu rada autorica analizira kolizijskopravno uređenje povrede prava osobnosti pravnih osoba prema europskom pravu (3.). U prvom dijelu daje se prikaz unificiranih kolizijskih pravila za izvanugovorne obveze u Uredbi Rim II (3.1.), zatim se analizira opseg isključenja povrede prava osobnosti iz polja primjene Uredbe Rim II (3.2.) te se nakraju raspravljaju mogućnosti za buduća unificirana kolizijskopravna rješenja u ovom području (3.3.). U četvrtom dijelu rada analiziraju se kolizijska pravila za povrede prava osobnosti pravnih osoba hrvatskog autonomnog prava, i to prije pristupanja Hrvatske Europskoj uniji, odnosno prije stupanja na snagu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 2017. godine (4.), a nakraju se analizira kako utvrditi pravo mjerodavno za povrede prava osobnosti pravnih osoba primjenom Uredbe Rim II (5.).

2. Materijalnopravno uređenje povrede prava osobnosti pravne osobe

Ishod spora zbog povrede prava osobnosti pravne osobe koji je međunarodno obilježen u velikoj će mjeri ovisiti o mjerodavnom materijalnom pravu jer se zakonodavstva različitih država razlikuju u pogledu dopuštenih oblika popravljavanja neimovinske štete pravnoj osobi, u pogledu tereta dokazivanja nastanka povrede te u pogledu odmjeravanja visine novčane naknade za neimovinsku štetu.

Pravo osobnosti, kako fizičkih tako i pravnih osoba, zaštićeno je u državama članicama Europske unije i u većini drugih država razvijenog svijeta. Međutim

¹⁶ NN 101/17 na snazi od 29.01.2019.

način na koji se prava osobnosti štite razlikuje se u različitim državama. U Republici Hrvatskoj primjerice tek su Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine izjednačene fizičke i pravne osobe u pogledu prava na neimovinsku štetu. U primjerice Francuskoj i Švicarskoj bilo je dozvoljeno pravnoj osobi dodijeliti neimovinsku štetu u novčanom obliku i puno prije, dok je u Njemačkoj to ovisilo o okolnostima slučaja i razvijalo se kroz dugogodišnju sudsku praksu.¹⁷

Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu u predmetu *Steel i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁸ tumači da je država slobodna štiti i pravo osobnosti pravne osobe na način koji smatra primjerenim, uz ograničenja koja nameću druga prava i slobode. U istom predmetu sud ipak upozorava na potrebu da se održi ravnoteža između slobode izražavanja i povrede ugleda pravne osobe i da treba utvrditi da je pravna osoba pretrpjela zbog te povrede ugleda bilo kakav financijski gubitak. Time se priznaje aktivna legitimacija pravne osobe da traži naknadu štete za povredu prava osobnosti, ali se čini kako je nematerijalna šteta pravne osobe stavljena u izravnu korelaciju s materijalnom štetom.

Člankom 8. Europske konvencije o ljudskim pravima jamči se svakome pravo na poštivanje njegova privatnog i obiteljskog života. To se pravo može ograničiti, između ostalog, i zbog zaštite prava i sloboda drugih. Jedna od tih sloboda jest i sloboda izražavanja, koja je zaštićena člankom 10. Konvencije, a koja obuhvaća i slobodu medija. No ni ta sloboda nije neograničena – ona je ograničena, između ostalog, i zaštitom ugleda ili prava drugih. Na sličan način odnos tih dvaju prava uređen je i drugim međunarodnim ugovorima, primjerice Općom deklaracijom o pravima čovjeka i Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima.¹⁹ Radi se o međunarodnim ugovorima koje je Republika Hrvatska sklopila i ratificirala te su oni dio našeg pravnog poretka, a po svojoj su pravnoj snazi, prema članku 140. Ustava Republike Hrvatske, iznad zakona.

Prema tome međunarodno pravo priznaje ta dva prava kao ljudska prava. Europska konvencija o ljudskim pravima određuje okvir zaštite i odnosa tih dvaju prava, a odluke Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu obvezujuće su za države članice Vijeća Europe. Međutim, kako se Europska konvencija primjenjuje isključivo na odluke, postupke ili propuste država članica Vijeća Europe i njezinih tijela, tako načela koja ona promiče nisu dovoljna kako bi se harmoniziralo privatno

¹⁷ Klarić, Petar, 2005. Neimovinska šteta pravne osobe, u: *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima* (Barbić, Jakša; Crnić, Ivica; Klarić, Petar, Radolović, Aldo ur.), Zagreb: Narodne novine, 2005., 56-62.

¹⁸ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Steel i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 15. 2. 2005., zahtjev br. 68416/01.

¹⁹ Alaburić 2006, 13-14.

pravo i nadišli problemi koji proizlaze iz razlika u nacionalnim pravima.²⁰ Ono što jasno proizlazi iz sudske prakse Europskog suda za ljudska prava jest da su ta dva prava jednako vrijedna i da se povreda jednog ne bi smjela pravdati apsolutnom vrijednošću drugog prava. Naime u predmetu *Princeza Karolina od Hanovera protiv Njemačke*²¹ Europski sud za ljudska prava osudio je njemačke sudove jer nisu zaštitili princezu od povrede njezina privatnog života od strane njemačkih medija. U tom je predmetu Europski sud za ljudska prava odredio neke smjernice koje nacionalni sudovi trebaju slijediti kako bi se postigla ravnoteža između prava slobode izražavanja i zaštite prava osobnosti.²²

Ustavom Republike Hrvatske propisano je da se svakome jamči poštivanje i pravna zaštita prava osobnosti, koji uključuju dostojanstvo, čast i ugled.²³ Prava osobnosti štite se i mnogim zakonima,²⁴ ali osnovu za naknadu štete zbog povrede prava osobnosti nalazimo u Zakonu o obveznim odnosima. Posebno važan u kontekstu povrede prava osobnosti jest Zakon o medijima,²⁵ koji je kod povrede prava osobnosti putem medija²⁶, u odnosu na ZOO, *lex specialis*, te Zakon o elektroničkim medijima,²⁷ koji predstavlja *lex specialis* u slučaju povrede prava osobnosti putem elektroničkih medija.²⁸ No, i u slučaju utvrđene povrede prava osobnosti prema navedenim posebnim zakonima, Vrhovni sud Republike Hrvatske na određivanje neimovinske štete kao i na njezinu visinu primjenjuje ZOO.²⁹

²⁰ Comparative study 2009, 6.

²¹ Presuda Europskog suda za ljudska prava Princess Caroline of Hanover protiv Njemačke od 24. 6. 2004., zahtjev br. 59320/00.

²² Prvo, doprinosi li objavljena informacija javnom interesu; drugo, koliko je dobro javnosti poznata osoba u kojoj se izvješćuje; treće, prethodno ponašanje osobe; četvrto, oblik i posljedice objave; peto okolnosti u kojima je objava nastala.

²³ Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, čl. 35.

²⁴ Obiteljskim zakonom, Kaznenim zakonom, Zakonom o kazneno postupku, Zakonom o prekršajima, Zakonom o medijima, Zakonom o elektroničkim medijima, Zakonom o autorskom pravu i srodnim pravima, Zakonom o zaštiti tajnosti podataka, Zakonom o zaštiti osoba i imovine, Zakonom o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Zakonom o zaštiti prava pacijenata, Zakonom o zaštiti od nasilja u obitelji, Zakonom o osobnom imenu, Zakonom o prebivalištu i boravištu građana, Zakonom o azilu, Zakonom o kretanju i boravku stranaca, Zakonom o javnom okupljanju, Zakonom o policiji te, Zakonom o obveznim odnosima. Više vidi u: Baretić 2006, 467-468.

²⁵ NN 59/04, 84/11 i 81/13.

²⁶ Čl. 2. Zakona o medijima: *Mediji* su: novine i drugi tisak, radijski i televizijski programi, programi novinskih agencija, elektroničke publikacije, teletext i ostali oblici dnevnog ili periodičnog objavljivanja urednički oblikovanih programskih sadržaja prijenosom zapisa, glasa, zvuka ili slike.

²⁷ NN 153/09, 84/11, 94/13, 136/13.

²⁸ Čl. 2. Zakona o elektroničkim medijima: *elektronički mediji*: audiovizualni programi, radijski programi i elektroničke publikacije; *elektroničke publikacije*: urednički oblikovani programski sadržaji koji se objavljuju dnevno ili periodično putem interneta od strane pružatelja elektroničkih publikacija u svrhu javnog informiranja i obrazovanja.

²⁹ Presuda VSRH Rev 3521/2019-2 od 19. studenoga 2019.

Prema članku 19 (1) Zakona o obveznim odnosima, svaka fizička i pravna osoba ima pravo na zaštitu svojih prava osobnosti pod pretpostavkama utvrđenim zakonom. Pod pravima osobnosti razumijevaju se prava na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, sloboda i dr., a pravna osoba ima sva navedena prava osobnosti, osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe³⁰, a osobito pravo na ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i dr.

Ako netko povrijedi to pravo, a ispunjene su sve pretpostavke odgovornosti za štetu, štetnik je dužan štetu popraviti³¹ bila ona imovinska ili neimovinska. Neimovinska se šteta popravlja u nenovčanom obliku, primjerice objavljivanjem presude, odnosno ispravka,³² ili pravičnom novčanom naknadom.³³ Ta se dva načina popravljanja štete međusobno ne isključuju.³⁴

Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine napušten je subjektivni koncept neimovinske štete koji definira neimovinsku štetu kao nanošenje boli i straha,³⁵ te je uveden objektivni koncept prema kojemu i pravna osoba ima pravo na naknadu neimovinske štete na isti način kao i fizička osoba. Prema tom konceptu, već sama povreda prava osobnosti predstavlja neimovinsku štetu, neovisno o tome jesu li povrede uzrokovale duševne boli ili strah.³⁶ Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine definirao je neimovinsku štetu kao nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha,³⁷ a pravo na novčanu naknadu neimovinske štete priznavalo se isključivo za pretrpljene bolove i strah.³⁸ Prema tumačenjima iz sudske prakse, novčana se naknada za neimovinsku štetu mogla dodijeliti samo fizičkoj osobi, jer čak i kada su pravnoj osobi povrijeđeni čast i ugled, ona ne može trpjeti bol ni strah.³⁹

Iz te promjene proizlazi da je Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. izjednačena mogućnost naknade neimovinske štete pravnoj i fizičkoj osobi. Pravna

³⁰ Jedno od takovih prava, neodvojivih od biološkog bića fizičke osobe, pravo je na tjelesni integritet. Kovačić, Tihomir, 2009. Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava na čast i ugled pravne osobe, *Pravo i porezi*, 3, 27.

³¹ Čl. 1045. ZOO-a, NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

³² Čl. 1099. ZOO-a.

³³ Čl. 1100. ZOO-a.

³⁴ Baretić 2006, 468-471.

³⁵ Radolović, Aldo, 2006. Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, *Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.* (1991), 1, 129-170., 165. Baretić 2006, 463.

³⁶ Baretić 2006, 464.

³⁷ Čl. 155. ZOO-a iz 1978., SL SFRJ 29/1978, 39/1985, 46/1985, 57/1989, NN 53/1991, 73/1991, 3/1994, 111/1993, 107/1995, 7/1996, 91/1996, 112/1999, 88/2001, 35/2005.

³⁸ Čl. 200. ZOO-a iz 1978.

³⁹ Odluka Privrednog suda Hrvatske, Pž-27/92 od 21. siječnja 1992, *Praxis iuridica mercatoria*, br. 1/1994, 50.

osoba, jednako kao i fizička, može zahtijevati popravljjanje neimovinske štete u nenovčanim oblicima poput demantija, prava na objavu presude i tome slično, ali i u obliku novčane naknade. Takav pristup izjednačava hrvatsko pravno uređenje neimovinske štete sa zakonodavstvima drugih razvijenih država poput Francuske⁴⁰, Njemačke, Velike Britanije, Italije itd.⁴¹ Objektivni pristup opravdan je i iz doktrinarne, kao i pravno-političke perspektive, između ostalog i zato što subjektivni koncept nije pružao odgovarajuću građanskopravnu zaštitu Ustavom zajamčenih prava osobnosti.⁴²

Ono što se u praksi pokazalo problematičnim jest određivanje visine naknade neimovinske štete.⁴³ Zakonom o obveznim odnosima određeno je da će se sud pri tome voditi i ciljem kojemu ta naknada služi.⁴⁴ Subjektivni koncept neimovinske štete počivao je na satisfakcijskoj funkciji, dok se objektivni treba temeljiti na ideji kompenzacijske i preventivne funkcije, a tek kolateralno satisfakcijske funkcije.⁴⁵ Kod povrede prava osobnosti pravne osobe odluka o visini novčane naknade ovisi o utjecaju povrede na poslovanje ili djelatnost oštećenika te na posljedice na njegov tržišni položaj i ostvarivanje dobiti.⁴⁶ Takva povreda u pravilu će, uz neimovinsku štetu, prouzročiti i imovinsku, pa će se najlakše dokazati nastankom imovinske štete.⁴⁷ A ako sud utvrdi da pravna osoba ima pravo na pravičnu novčanu naknadu, a ne može utvrditi visinu naknade, visinu će naknade u skladu s člankom 223. Zakona o parničnom postupku⁴⁸ odrediti prema slobodnoj ocjeni.⁴⁹

⁴⁰ Prema francuskom *Code Civil*-u pravna osnova na naknadu neimovinske štete pravnoj osobi proizlazi iz odredbe prema kojoj se onome tko svojom krivnjom nanese drugome štetu, nameće obveza njezine naknade.

⁴¹ Vidi više u: Baretić 2006, 479-487.

⁴² Baretić 2006, 497.

⁴³ Pichler, Davorin, 2015. Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, 3-4, 8. Ipak, kriteriji za određivanje iznosa (visine) naknade neimovinske štete teže su odrediti kada se radi o pravnoj osobi javnog prava, dakle one koje ostvaruju javne interese i ciljeve.

⁴⁴ Čl. 1100. (2) ZOO-a.

⁴⁵ Baretić 2006, 498.

⁴⁶ Crnić, Ivica, Povreda prava osobnosti pravne osobe na ugled, dobar glas, čast, ime odnosno tvrtku, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti* (Alaburić, Vesna; Baretić, Marko; Crnić, Ivica; Dika, Mihajlo; Gavella, Nikola; Klarić, Petar; Miladin, Petar; Nikšić, Saša, ur. Petar Klarić), Narodne novine, Zagreb, 2006., 249., Pichler 2015, 8.

⁴⁷ Klarić 2005, 69. Crnić 2006, 249.

⁴⁸ Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.

⁴⁹ Crnić 2006, 249.

3. Kolizijskopravno uređenje povrede prava osobnosti pravnih osoba prema europskom pravu

3.1. Unifikacija pravila za izvanugovorne obveze u Uredbi Rim II

Kada je spor koji proizlazi iz povrede prava osobnosti međunarodno obilježen, sud je obavezan, prije negoli uđe u meritum, utvrditi koje je pravo mjerodavno.⁵⁰ Kolizijska pravila za najveći dio privatnopravnih odnosa unificirana su uredbama Europske unije koje se u Republici Hrvatskoj primjenjuju od njezina pristupanja 1. srpnja 2013.⁵¹

Pravo mjerodavno za izvanugovorne obveze u građanskim i trgovačkim stvarima u kojima postoji međunarodno obilježje određuje se u državama članicama Europske unije na temelju Uredbe (EZ) br. 864/2007 Europskoga parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (dalje: Uredba Rim II)⁵².

Uredbom su se prvi put unificirala kolizijska pravila za izvanugovorne obveze za sve države članice Europske unije osim Danske⁵³. Uredba Rim II prva je cjelovita unifikacija kolizijskih pravila za izvanugovorne odnose. Naime, do tada su se u nekim, ali ne u svim, državama članicama unificirana kolizijska pravila za neke izvanugovorne obveze, primjerice za prometne nezgode⁵⁴ ili za odgovornost proizvođača za svoje proizvode⁵⁵, primjenjivala jer su bila uređena međunarodnim konvencijama. Prema članku 28. Uredbe Rim II, te konvencije i dalje imaju prednost u primjeni pred odredbama Uredbe Rim II.⁵⁶

⁵⁰ U hrvatskom pravnom sustavu, za razliku od nekih drugih pravnih sustava, kolizijska pravila prisilni su propisi. Kolizijski propisi mogu uputiti sud na strano ili domaće pravo kao mjerodavno pravo za spor, a primjena prava na koje upute kolizijska pravila također je obavezna. Sajko, Krešimir, 2009. *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb: Narodne novine, 229., Sikirić, Hrvoje, 2006. Primjena kolizijskih pravila i stranog prava u sudskom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56, 672.; Župan, Mirela, 2006. Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci, 199.

⁵¹ Pravni temelj za unifikaciju kolizijskih pravila u Europskoj uniji donošenjem uredaba Zajednice postavljen je u člancima 61. i 65. Ugovora iz Amsterdama iz 1997. Od tada se europsko međunarodno privatno pravo unificira uredbama, a unifikacija je postignuta u značajnom broju različitih područja privatnog prava.

⁵² Službeni list C 241, 28.9.2004.,

⁵³ Danska je naime jedina iskoristila pravo da bude izostavljena od izravnog učinka pojedinih uredaba, koje je člankom 69. ugovora o EZ ostavljeno njoj, kao i Ujedinjenom Kraljevstvu i Irskoj.

⁵⁴ Haaška konvencija o mjerodavnom pravu za prometne nezgode na cestama iz 1971. (SL SFRJ 26/76), Republika Hrvatska postala je strankom notifikacijom o sukcesiji 8. listopada 1991. (NN MU 4/94).

⁵⁵ Haaška konvencija o mjerodavnom pravu za odgovornost proizvođača za svoje proizvode iz 1973. (SL SFRJ MU 8/77), Republika Hrvatska postala je strankom notifikacijom o sukcesiji 8. listopada 1991. (NN MU 4/94).

⁵⁶ To dovodi do zaključka da se Uredbom nisu u potpunosti unificirala kolizijska pravila za izvanugovorne obveze u Europskoj uniji jer će se za određivanje mjerodavnog prava za primjerice prometne nezgode, u nekim državama članicama primjenjivati kolizijska pravila Haške konvencije o mjerodavnom pravu za prometne nezgode na cestama, a u nekima kolizijska pravila iz Uredbe Rim II.

Uredba se primjenjuje na sve građanske i trgovačke stvari, a što su građanske i trgovačke stvari, tumači se autonomno, odnosno neovisno o njihovu značenju u bilo kojem od nacionalnih prava država članica. Pri tome su relevantne i odredbe drugih uredaba međunarodnog privatnog prava kao i tumačenja Suda Europske unije. Iz polja primjene Uredbe Rim II isključeni su svi javnopravni odnosi, a izričito se kao primjeri u članku 1(1) navode porezne, carinske i upravne stvari te odgovornost države za radnje ili propuste u izvršavanju državne vlasti (*acta iure imperii*). Odlučujuće pitanje o tome spada li neki odnos pod definiciju građanskih stvari bit će u tome je li ono uređeno javnim ili privatnim pravom.⁵⁷ U načelu će se svi oni odnosi koji su uređeni privatnim pravom smatrati građanskim i trgovačkim stvarima u smislu Uredbe.

Neki odnosi koji se bez sumnje imaju smatrati građanskim stvarima izričito su isključeni iz polja primjene Uredbe Rim II, stoga su ostali neunificirani. Prema članku 1(2)(g), isključene su izvanugovorne obveze koje proizlaze iz kršenja privatnosti i prava osobnosti, uključujući klevetu. Na određivanje mjerodavnog prava u takvim stvarima države članice mogu primjenjivati vlastita nacionalna-kolizijska pravila, ili mogu primjenjivati pravila Uredbe Rim II.⁵⁸ Hrvatski zakonodavac odlučio se za potonje rješenje (vidi *infra* ad 4).

Odredba o isključenju povreda prava osobnosti smatra se najvažnijom i najkontroverznijom od svih isključenja, a uvrštavanju tog isključenja prethodila je duga zakonodavna rasprava.⁵⁹ Postoje i mišljenja da ona nije uvjetovana isključivo nemogućnošću uređenja navedenog pitanja već i neprikladnosti unifikacije pravila koja se odnose na određivanje mjerodavnog prava za povrede prava osobnosti.⁶⁰ Razlog za to isključenje iz polja primjene nalazi se u nemogućnosti postizanja kompromisa oko konačnog rješenja. Naime kolizijsko rješenje vezano uz povrede prava osobnosti bilo je toliko važno državama članicama i raznim interesnim skupinama (posebice onima koje su povezane s medijskim lobijima) da je podijeljenost mišljenja u vezi s najprikladnijom poveznicom dovela u pitanje

⁵⁷ Callies, G.-P., 2015. *Rome Regulations Commentary*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 470.

⁵⁸ Callies 2015, 468.

⁵⁹ Magnus, Ulrich; Mankowski, Peter, 2019. *European Commentaries on Private International Law, Rome II Regulation*, Sellier, 115.; Dickinson, Andrew, 2008. *The Rome II Regulation*, Oxford University Press, 234.; Bogdan, Michael, 2008. Torts in Cyberspace: The Impact of the New Regulation Rome II, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 1, 3.

⁶⁰ To se može povezati sa slobodom koju svaka država ima u stvaranju ravnoteže između prava na slobodu izražavanja i prava na zaštitu osobnosti koja u proširenom smislu obuhvaća i kolizijsko pravo, a ne samo materijalno. Mills, Alex, 2015. The law applicable to cross-border defamation on social media: whose law governs free speech in 'Facebookistan'?, *Journal of Media Law*, 1, 14.

uspjeh cijelog projekta unificiranja pravila za izvanugovorne obveze.⁶¹ To isključenje iz polja primjene bilo je, prema tome, politički uvjetovano, a za opstanak Uredbe Rim II bilo je to pitanje „života ili smrti“⁶².

Unifikacija kolizijskih pravila za povredu prava osobnosti važno je pitanje i iz perspektive globalnog medijskog prostora, posebice u odnosima s medijskim lobijima iz SAD-a. Naime, američko zakonodavstvo i sudska praksa najveću važnost pridaje slobodi izražavanja, uključujući slobodu medija,⁶³ za razliku od europske pravne tradicije, koja barem jednaku, ako ne i veću, važnost pridaje zaštiti prava osobnosti.⁶⁴ Pravna nesigurnost u pogledu mjerodavnog prava koje će sudovi država članica Europske unije primjenjivati u sporovima protiv američkih tradicionalnih i elektroničkih medija problematična je, u prvom redu zato što se američki mediji kod objavljivanja vijesti vode zaštitom slobode izražavanja koja im je pružena u SAD-u koja je znatno šira no u većini europskih država.⁶⁵ Uz to, američki su sudovi odbijali priznati odluke sudova drugih država prema kojima su za klevetu odgovorni američki mediji pozivajući se na zaštitu slobode izražavanja koju američkim medijima pruža prvi amandman.⁶⁶

Prvi prijedlog Komisije, prema kojemu bi se mjerodavno pravo za povrede prava osobnosti prema uredbi Rim II određivalo na temelju uobičajenog bora-višta tužitelja, naišao je na ozbiljnu reakciju medijskih lobija koja se odrazila na reakciju Europskog parlamenta.⁶⁷ Europski parlament, pod utjecajem lobista, zalagao se za što veću zaštitu medija, pa je u jednom trenutku zagovarao primjenu prava „države u kojoj su se dogodili najznačajniji elementi povrede prava osobnosti“, koje, uz detaljno i komplicirano pojašnjenje u samoj Uredbi, najčešće dovodi do primjene prava sjedišta izdavača, odnosno tuženika u sporu o povredi prava osobnosti.⁶⁸ U kasnijim prijedlozima Komisija se zalagala za primjenu teorije mozaika. Teorija mozaika razvila se na temelju sudske prakse suda Europske unije za određivanje nadležnosti na temelju odredbe o posebnoj nadležnosti Uredbe

⁶¹ Vidi više u: Kunke, Christopher J., 2005. Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog, *Emory International Law Review*, 3, 1733-1772.

⁶² Magnus; Mankowski 2019, 90-91. Slično i Dickinson 2008, 234.

⁶³ Sloboda izražavanja zaštićena je prvim amandmanom Ustava SAD-a, te je njezin superioran odnos u odnosu na zaštitu časti i ugleda utvrđen odlukom *New York Times v. Sullivan* (376 U.S.254.). Više vidi u: Warshaw, Aaron, 2006. Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims, *Brooklyn Journal of International Law*, 1, 271.

⁶⁴ Warshaw 2006, 271.

⁶⁵ Warshaw 2006, 277.

⁶⁶ Warshaw 2006, 277.

⁶⁷ Magnus; Mankowski 2019, 115. Dickinson 2008, 234-244.

⁶⁸ Dickinson 2008, 234-244.

Bruxelles i u sporovima u kojima se radi o povredi časti i ugleda putem medija.⁶⁹ Prema teoriji mozaika, koju je Sud Europske unije prvi put primijenio u predmetu *Fiona Shevill*, tužitelj može tužiti u mjestu sjedišta tuženika, prema pravilu o općoj nadležnosti, za cjelokupan iznos štete, a prema pravilu o posebnoj nadležnosti, u državi u kojoj je za tuženika nastala šteta samo do visine nastale štete uz uvjet da je vijest distribuirana i u toj državi. Teoriji mozaika Sud Europske unije dodao je, za slučajeve kada je vijest objavljena putem interneta, još jednu mogućnost zasni- vanja nadležnosti. Naime, prema odluci Suda Europske unije u predmetu *eDate*, tužba se u predmetima povrede prava osobnosti putem interneta može podnijeti i pred sudom države „centra interesa“ oštećenika.

Iako teorija mozaika koju je Sud Europske unije razvio za potrebe utvrđivanja nadležnosti u takvim sporovima nije na koncu prošla kao unificirani način odre- đivanja mjerodavnog prava, njezin utjecaj nije zanemariv, i to zbog dva razloga. Prvo, u slučaju sporova zbog povrede prava osobnosti, granica između određiva- nja nadležnosti i određivanja mjerodavnog prava nije toliko oštra kao kod nekih drugih privatnopravnih odnosa. Naime mnogi pravni sustavi u slučajevima kada sud utvrdi da je nadležan naginju primjeni prava države suda, a čak i kada to nije slučaj, u tom području posebno je širok opseg propisa koji se mogu smatrati dijelom javnog poretka te države.⁷⁰ S obzirom na to da su oba prava koja se u takvim sporovima najčešće sukobljavaju ljudska prava, zaštićena međunarodnim pravom, a često i ustavnim odredbama, možemo tvrditi da je njihova zaštita dio javnog poretka određene države. I, drugo, teorija mozaika do danas je ostala jed- na od mogućnosti za unifikaciju kolizijskog pravila o primjeni mjerodavnog pra- va za povredu prava osobnosti u Europskoj uniji (o tome vidi više *infra* ad 3.3.).

3.2. Opseg isključenja povrede prava osobnosti iz polja primjene Uredbe Rim II

Odredba kojom se isključuju povrede prava osobnosti iz polja primjene Ured- be Rim II nastala je zbog pritiska medijskog lobija i sasvim sigurno osnovni je motiv bilo isključiti povrede prava osobnosti počinjenih putem medija.⁷¹ No, kako

⁶⁹ Presuda Suda EU-a C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA.*, od 7.3.1995., ECLI:EU:C:1995:61, Presuda Suda EU-a u spojenim predmetima C-509/09 i C-161/10, *eDate Advertising GmbH and Others v X and Société MGN LIMITED*, od 25.10.2011., ECLI: EU: C: 2011: 685.

⁷⁰ Warsaw 2006, 275.

⁷¹ Tako je pojašnjeno i u Prijedlogu Komisije za Uredbu Rim II: *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations* ("Rome II"), COM/2003/0427 final, 17-18.

u pregovorima nije postignut dogovor oko definicije medija,⁷² tako odredba sada uključuje sve povrede prava osobnosti neovisno o tome kako su počinjene te je zbog toga puno šira u svojem opsegu.

Tako postavljeno isključenje odnosi se na povredu prava osobnosti, uključujući zaštitu časti i ugleda, fizičke osobe. Isključenje se odnosi i na pitanja koja su pokrivena Uredbom (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka (GDPR)),⁷³ a što proizlazi, između ostalog, i iz činjenice da se u istom članku u kojem se od Komisije traži poseban izvještaj o tome isključenju posebno napominje da se Komisija u izvještaju posebno treba osvrnuti i na navedenu Uredbu.⁷⁴ Manje je jasno odnosi li se to isključenje i na povredu prava osobnosti pravnih osoba.⁷⁵

Prvo treba podsjetiti da, kao i sve druge pojmove osim onih kod kojih je izričito određeno drugačije, pojmove „kršenje privatnosti“ i „pravo osobnosti“ treba tumačiti autonomno.⁷⁶ Autonomno tumačenje pojmova uređaba znači da ih se treba tumačiti neovisno o njihovu značenju i pravnoj definiciji u bilo kojem nacionalnom pravu. Prema tome, iako pravo osobnosti prema hrvatskom pravu uključuje i prava osobnosti pravnih osoba, koja su istovjetna pravima osobnosti fizičkih osoba (uz isključenje onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe)⁷⁷, ne možemo samo na temelju toga zaključiti da su ona obuhvaćena i na temelju isključenja iz članka 1(2)(g) Uredbe Rim II.

Na pitanje odnosi li se to isključenje i na povredu prava osobnosti pravnih osoba odgovor možemo potražiti, u prvom redu, u praksi Suda Europske unije, a dobre smjernice mogu se naći i u tumačenjima Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i u praksi Europskog suda za ljudska prava na koja upućuje i sama Komisija u Prijedlogu za Uredbu Rim II.⁷⁸

Relevantno je tumačenje članka 8. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava kojim se štiti sloboda izražavanja⁷⁹ te sudska praksa Europskog suda za ljudska

⁷² Magnus; Mankowski 2019, 121.

⁷³ Službeni list Europske unije L 119/1 od 4.5.2016.

⁷⁴ Dickinson 2008, 240.

⁷⁵ Magnus; Mankowski 2019, 117.

⁷⁶ Dickinson 2008, 238.

⁷⁷ O čemu više vidi *supra* ad 2.

⁷⁸ Prijedlog za Uredbu Rim II, 17.

⁷⁹ Dickinson 2008, 239. Magnus; Mankowski 2019, 118.

prava u vezi s tim člankom. Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu u predmetu *Steel and Morris v. the United Kingdom* tumači da je država slobodna štiti i pravo osobnosti pravne osobe na način koji smatra primjerenim, uz ograničenja koja nameću druga prava i slobode.⁸⁰ Iako ostaje nejasno u kojem se opsegu i mjeri članak 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava odnosi i na pravne osobe, sigurno je da se prava osobnosti pravnih osoba njime štite, pa je opravdan i zaključak da je zaštita prava osobnosti pravnih osoba isključena iz polja primjene Uredbe Rim II.

Na takav zaključak upućuje i recentna praksa Suda Europske unije. U predmetu *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*,⁸¹ Sud je prilikom odlučivanja o posebnoj nadležnosti na temelju odredbe Uredbe Bruxelles I bis zaključio da – s obzirom na to da se pravo osobe koja se smatra oštećenom da pokrene postupak pred sudovima države članice u kojoj se nalazi središte njezinih interesa za cjelokupnu navodnu štetu opravdava interesom dobrog sudovanja, a ne potrebom posebne zaštite podnositelja zahtjeva – nije odlučujuće je li potonji fizička ili pravna osoba (detaljnu analizu predmeta vidi *infra* ad 3.3.)⁸². Nezavisni odvjetnik Bobek u svojem je mišljenju o tom predmetu zauzeo isti stav napominjući da nema uporišta da se u sporovima zbog povrede prava osobnosti s međunarodnim obilježjem pravne osobe tretiraju drugačije od fizičkih te da većina država članica Europske unije štiti i prava osobnosti pravnih osoba.⁸³

Prema tome, zaštita prava osobnosti pravne osobe isključena je iz polja primjene Uredbe Rim II člankom 1(2)(b).

Postoji ipak jedna situacija u kojoj bi se povreda prava osobnosti pravne osobe našla unutar polja primjene Uredbe Rim II. Naime, kako su nepošteno tržišno natjecanje i radnje kojima se ograničava slobodno tržišno natjecanje uređene posebnom odredbom u članku 6. Uredbe Rim II, tako bi povreda prava osobnosti pravne osobe koja se okarakterizira kao radnja nepoštenog tržišnog natjecanja bila uređena člankom 6. Uredbe te time unutar polja primjene Uredbe.⁸⁴ Iz Komisijina prijedloga Uredbe Rim II proizlazi da bi se na takve situacije trebao primjenjivati članak 6(2), prema kojemu se, ako radnja nepoštenog tržišnog natjecanja

⁸⁰ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Steel i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 15. 2. 2005., zahtjev br. 68416/01.

⁸¹ Presuda Suda EU-a C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ and Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, od 17.10.2017., ECLI:EU:C:2017:766.

⁸² *Bolagsupplysningen*, para. 38.

⁸³ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Bobeka u predmetu C-194/16 *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, od 13.7.2017., ECLI:EU:C:2017:554, para 40.

⁸⁴ Dickinson 2008, 239.

utječe isključivo na interese određenog konkurenta, mjerodavno pravo određuje na temelju općeg pravila iz članka 4. Uredbe.⁸⁵ Naime, u prijedlogu Komisije izričito se napominje da se ta odredba ima primijeniti i na povredu prava osobnosti pravnih osoba.⁸⁶

Prema tome, zaštita prava osobnosti pravne osobe u smislu povrede časti i ugleda, putem medija, ali i na drugi način, isključena je iz polja primjene Uredbe Rim II člankom 1(2)(b). Međutim, u slučaju povrede prava osobnosti radnjom nepoštenog tržišnog natjecanja primjenjivat će se opće pravilo iz članka 4. Uredbe Rim II prema kojemu je za izvanugovornu obvezu proizašla iz štetne radnje mjerodavno pravo države u kojoj je šteta nastala, a na koje upućuje posebna odredba članka 6(2) kojom se uređuje pravo mjerodavno za nepošteno tržišno natjecanje i radnje kojima se ograničava slobodno tržišno natjecanje.

3.3. Može li se postići unifikacija kolizijskog pravila za povredu prava osobnosti u Europskoj uniji?

U državama članicama ne postoje harmonizirani materijalnopravni propisi o zaštiti prava osobnosti kao ni o zaštiti slobode izražavanja. Države članice, ako ne kroz autonomna nacionalna pravila, onda putem međunarodnog prava kodificiranog ponajprije u Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava, štite oba prava te ih priznaju kao pravno zaštićena ljudska prava. No način i razina zaštite razlikuju se od države do države. To dovodi do pravne nesigurnosti u području koje je važno iz perspektive zaštite ljudskih prava, ali i iz perspektive slobodnog kolanja informacija i slobode medijskog izvještavanja.

Put prema pravnoj sigurnosti u sporovima s međunarodnim obilježjem može se postići i unifikacijom kolizijskog prava. Države članice i u tom području prihvaćaju različita pravna rješenja. U najvećem dijelu država članica na takve se pravne odnose primjenjuje pravo mjesta gdje je radnja počinjena (*lex loci delicti commissi*). Međutim načini na koje se u različitim državama članicama tumači koje je mjesto gdje je štetna radnja počinjena razlikuju se, a mnoge države propisuju i kvalitativno i kvantitativno različite iznimke od tog osnovnog pravila.⁸⁷ Osnovno je pitanje je li mjesto gdje je radnja počinjena mjesto štetnikove radnje ili je to mjesto gdje je nastupila posljedica, odnosno gdje je nastala šteta.

⁸⁵ Prijedlog za Uredbu Rim II, 16.

⁸⁶ Prijedlog za Uredbu Rim II, 17.

⁸⁷ Comparative study 2009, 6.

U Francuskoj i Austriji mjesto gdje je radnja počinjena tumači se kao mjesto gdje je štetnik djelovao, u Švicarskoj, Portugalu i Poljskoj može se raditi i o jednom i o drugom tumačenju ovisno o okolnostima svakog pojedinog slučaja, a u Njemačkoj i Italiji tužitelj može birati bilo koje od ta dva prava ovisno o tome koje je za njega povoljnije.⁸⁸ U Hrvatskoj se, do stupanja na snagu ZMMP-a iz 2017. godine, primjenjivalo pravo koje je za tužitelja povoljnije, a koje *ex officio* određuje sud (više vidi *infra* ad. 4.).

Prilikom rasprave o tekstu Uredbe Rim II nekoliko je rješenja bilo razmatrano kao primjerenih za unificirano pravilo o pravu mjerodavnom za povrede prava osobnosti. Poveznica koju je Komisija prvo predložila – uobičajeno boravište tužitelja – ubrzo je odbačena uz obrazloženje kako štiti isključivo interese tužitelja. Osnovni problem te poveznice leži u tome što ne uzima u obzir činjenicu da je onaj tko je vijest plasirao imao osnovana očekivanja da će se primjenjivati standardi slobode izražavanja koji su primjenjivi u mjestu gdje je vijest plasirana. Drugi prijedlog koji se raspravljao – pravo mjesta gdje je upućena vijest (*principally directed*) – mogao bi dovesti do primjene prava koje bi obje strane u postupku mogle razumno predvidjeti i čiju bi primjenu mogle očekivati. No čak i pravo mjesta gdje je šteta nastala, odnosno *lex loci damni*, dovodi najčešće, uz tumačenje u skladu s relevantnom praksom Suda Europske unije, do tog istog prava (o tome više *infra* ad 5.).

No kako oko konačnog pravila nije postignut dogovor, člankom 30. Uredbe propisano je da će, najkasnije do 31. prosinca 2008., Komisija podnijeti Europskomu parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru studiju o situaciji u području prava mjerodavnog za izvanugovorne obveze nastale zbog povrede privatnosti i prava osobnosti vodeći računa o pravilima koja se odnose na slobodu tiska i slobodu izražavanja u medijima te o kolizijskopравnim pitanjima vezanim u Opću uredbu o zaštiti podataka (GDPR). Komisija je izvješće izradila i objavila u veljači 2009. godine, a ciljevi koji su postavljeni u istraživanju odnose se na analizu kolizijskih pravila o određivanju mjerodavnog prava za povrede prava osobnosti u svih 27 država članica te na utvrđivanje poteškoća koje se u praksi pojavljuju kao posljedica nepostojanja unificiranih pravila te mogućih odgovora na te poteškoće.⁸⁹

Zaključci toga izvješća upućuju na to da se u idealnim uvjetima ravnoteža između slobode izražavanja i zaštite prava osobnosti treba postići unifikacijom materijalnih pravila o povredi prava osobnosti u Europskoj uniji, no da će, u slučaju

⁸⁸ Kunke 2005, 1736.

⁸⁹ Comparative study 2009, 11.

ako se složimo da to nije moguće postići, tom cilju pridonijeti unifikacija kolizijskih pravila.⁹⁰ Ono što će biti sigurno prilikom donošenja pravila o pravu mjerodavnom za povrede prava osobnosti jest da će se morati uzeti u obzir cjelokupni postojeći sustav Uredbe Rim II, ali i sudska praksa Suda Europske unije vezana uz sudsku nadležnost u takvim predmetima, koja već pokazuje ozbiljnu zrelost.

Naime nadležnost u sporovima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu nastalu zbog povrede prava osobnosti može se utvrđivati prema pravilu o općoj nadležnosti iz Uredbe Bruxelles Ibis kojim je određeno da osobe s prebivalištem u nekoj državi članici mogu biti tužene pred sudovima te države članice.⁹¹ Nadležnost se u takvim slučajevima može određivati i primjenom pravila o posebnoj nadležnosti prema kojem su nadležni sudovi mjesta gdje je štetna radnja nastala ili može nastati. Sud Europske unije prihvatio je u primjeni te odredbe načelo ubikviteta, pa tužitelj, prema vlastitom izboru, može tužiti u mjestu gdje je šteta nastala ili u mjestu gdje se štetni događaj dogodio ili gdje bi se mogao dogoditi.⁹²

U slučajevima povrede osobnosti putem medija, posebice medija koji se distribuiraju u više država, a ponajviše putem novih medija, interneta ili društvenih mreža, tako postavljena mogućnost izbora nadležnog suda stavlja tužitelja u izuzetno povoljnu poziciju jer mu dozvoljava gotovo neograničene mogućnosti izbora nadležnog suda, tzv. *forum shoppinga*. Upravo kako bi te mogućnosti barem donekle doveo do realnih granica, Sud Europske unije osmislio je, i prvi put primijenio u predmetu *Fiona Shevill*⁹³, načelo mozaika.⁹⁴

Gospođa Fiona Shevill tužila je francuske novine *France-Soir* zbog tvrdnje da su o njoj objavili neistinitu informaciju kao dio članka o organiziranoj prodaji droge i pranju novca. *France-Soir* prodaje se u najvećem dijelu u Francuskoj, a samo relativno mali broj primjeraka prodaje se u Ujedinjenom Kraljevstvu. Sud Europske unije protumačio je da prema odredbi o posebnoj nadležnosti iz Uredbe Bruxelles I tužitelj može birati hoće li tužiti pred sudom države u mjestu sjedišta tuženika za cjelokupni iznos štete ili će tužiti pred sudom neke druge države, ali pod uvjetom da je tiskovina distribuirana u toj državi i da je u toj državi nastala šteta za tužitelja, no u potonjoj može tužiti samo do visine štete koja je tuženiku nastala u toj državi.

⁹⁰ Comparative study 2009, 142-144.

⁹¹ Čl. 4. Uredbe Rim II.

⁹² Članak 7(2) Uredbe Bruxelles Ibis.

⁹³ Presuda Suda EU-a C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA*, od 7.3.1995., ECLI:EU:C:1995:61

⁹⁴ Magnus, Ulrich; Mankowski, Peter, 2016. *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, Sellier, 278-279.

To tumačenje suda primjenjivo je i na opću odredbu članka 4. Uredbe Rim I, pa kada bi se taj članak primjenjivao i na povredu prava osobnosti te kada bi Sud Europske unije potvrdio da se načelo mozaika može i u tom slučaju primijeniti, prvo što bismo mogli zaključiti jest da je mjesto gdje je šteta nastala bilo koje mjesto gdje je tužitelj poznat i gdje su povrijeđeni njegova čast i ugled ako je to istovremeno mjesto gdje je vijest distribuirana – i to samo do visine štete koja je u tom mjestu nastala. Kako se u načelu uobičajeno radi o jednoj državi u kojoj je najveća šteta nastala, tako se približavamo ideji kako bi mjerodavno trebalo biti pravo države prema kojoj je vijest „načelno usmjerena“ (*principally directed*). Za cjelokupnu štetu mjerodavno bi bilo pravo države sjedišta tuženika. Takav pristup imao bi barem dvije prednosti. Prvo, došli bismo do pomirbenog rješenja između želje da se u najvećoj mogućoj mjeri zaštiti tužitelj kao oštećena strana, a istovremeno se to radi u mjeri koja uzima u obzir i razumna očekivanja tuženika, najčešće medijskih kuća. Drugo, time bi se rješenja kolizijskih pravila uskladila s rješenjima pravila o nadležnosti.

Pravilo o pravu mjerodavnom za povredu prava osobnosti trebalo bi biti takvo da se istovremeno može primijeniti i na povredu prava osobnosti počinjenu u klasičnim, tiskanim medijima i na onu počinjenu putem interneta, a bilo bi dobro da je dovoljno fleksibilno da se može primijeniti i na povredu počinjene putem novih tehnologija koje će tek u budućnosti postati aktualne. Naime, ista se vijest često, danas, distribuira različitim medijskim kanalima, pa ne bi bilo u duhu načela ekonomičnosti i pravne predvidljivosti da se različita kolizijska pravila primjenjuju na povredu prava osobnosti putem različitih medijskih platformi.

Međutim povreda prava osobnosti putem interneta unosi u pitanja međunarodne nadležnosti, ali i u ona o mjerodavnom pravu, nove elemente, pa se postavlja pitanje bi li se oni trebali ocrtati i na određivanje mjerodavnog prava. Naime, s obzirom na specifikum objave vijesti putem interneta, činjenicu da je vijest istovremeno dostupna u velikom broju država načelo mozaika onako kako je ono uspostavljeno u predmetu *Fiona Shevill* ne bi u potpunosti zaštitilo tužitelja. Stoga je Sud Europske unije u predmetu *eDate*⁹⁵ otvorio za tužitelja još jednu mogućnost, a to je da za cjelokupnu nastalu štetu tužbu podigne pred sudom „središta interesa.“ U najvećem broju slučajeva centar oštećenikova interesa podudarati će se s mjestom njegova uobičajena boravišta.⁹⁶ Međutim moguće je da oštećenik ima

⁹⁵ Presuda Suda EU-a u spojenim predmetima C-509/09 i C-161/10, *eDate Advertising GmbH and Others v X and Société MGN LIMITED*, od 25.10.2011., ECLI: EU: C: 2011: 685.

⁹⁶ Presuda Suda EU-a u spojenim predmetima C-509/09 i C-161/10, para. 49.

centar interesa u mjestu drugačijem od mjesta gdje uobičajeno boravi⁹⁷. Sud nije preciznije odredio kako treba odrediti to mjesto, ali je kao primjer naveo obavljanje profesionalne djelatnosti u nekoj državi⁹⁸.

U najnovijem predmetu *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*⁹⁹ Sud Europske unije odgovarao je na pitanja odnose ili se pravila uspostavljena u predmetima *Fiona Shevill i eDate* i na pravne ili samo na fizičke osobe te – ako se odnose na pravne – kako utvrditi centar interesa pravne osobe. Pravna osoba sa sjedištem u Estoniji pokrenula je zajedno s jednom svojom zaposlenicom postupak protiv pravne osobe *Svensk Handel* sa sjedištem u Švedskoj, koja je na svojim mrežnim stranicama uvrstila tužitelja na svoju crnu listu navodeći da je to društvo uključeno u prijevare i obmane¹⁰⁰. Na mrežnoj stranici tuženika korisnici su ostavili preko 1.000 komentara protiv tužitelja kao pravne osobe i njezine zaposlenice koja se tužbi pridružila osobno. Tužitelj je tvrdio da mu je time blokiran rad na švedskom tržištu te da su mu uzrokovani veliki materijalni gubitci. Zbog toga je tražio uklanjanje svojeg imena s crne liste i odštetu.

Sud je protumačio da pravna osoba kojoj je povrijeđeno pravo osobnosti putem interneta ima jednaka prava kao i fizička osoba te da može tražiti ispravak netočnih informacija, uklanjanje štetnih komentara i naknadu za cjelokupnu štetu pred sudom mjesta gdje se nalazi centar interesa te pravne osobe.¹⁰¹ Centar interesa može biti u državi gdje se nalazi glavna uprava pravne osobe, ali i u drugoj državi u kojoj pravna osoba provodi najveći dio svojih poslovnih aktivnosti.¹⁰²

4. Pravo mjerodavno za povrede prava osobnosti pravnih osoba prema hrvatskom autonomnom pravu

U Hrvatskoj, se, prije stupanja ZMPP-a iz 2017. godine na snagu, na određivanje mjerodavnog prava za izvanugovorne obveze, pa tako i za povrede prava osobnosti, primjenjivao članak 28. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRS).¹⁰³ Prema toj odredbi,

⁹⁷ Presuda Suda EU-a u spojenim predmetima C-509/09 i C-161/10, para. 49.

⁹⁸ Presuda Suda EU-a u spojenim predmetima C-509/09 i C-161/10, para 49.

⁹⁹ Presuda Suda EU-a C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ and Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, od 17.10.2017., ECLI:EU:C:2017:766.

¹⁰⁰ Presuda Suda EU-a C-194/16, para. 10.

¹⁰¹ Presuda Suda EU-a C-194/16, para. 50.

¹⁰² Presuda Suda EU-a C-194/16, para. 50.

¹⁰³ NN 53/1991.

za izvanugovornu odgovornost za štetu, ako za pojedine slučajeve nije drugačije određeno, mjerodavno je pravo mjesta gdje je radnja izvršena ili pravo mjesta gdje je posljedica nastupila, ovisno o tome koje je od ta dva prava povoljnije za oštećenika. Ta odredba primjenjuje se u sporovima o izvanugovornoj odgovornosti na sve događaje koji su se dogodili prije pristupanja Hrvatske Europskoj uniji, dakle prije 1. srpnja 2013. U sporovima zbog povrede prava osobnosti ta će se odredba primjenjivati na sve događaje koji su nastupili prije stupanja na snagu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, odnosno prije 29. siječnja 2019., jer su tek stupanjem na snagu tog zakona pravila Uredbe Rim II proširena i na tu vrstu izvanugovornih obveza.

Hrvatsko je pravo, kao i većina prava država članica Europske unije, prihvaćalo *loci delicti comissi* kao opću poveznicu za izvanugovorne obveze. Također, kao i neka druga prava, izrijeком prihvaća teoriju ubikviteta – ako je štetna radnja počinjena na jednome mjestu, a štetna je posljedica nastupila na drugom mjestu, smatrat će se da je izvanugovorna obveza nastala na oba mjesta.

Prema odredbi članka 28. ZRS-a, tuženiku nije dozvoljena mogućnost izbora najpovoljnijeg prava već je sud obavezan *ex officio* utvrditi koje je pravo za tuženika povoljnije.¹⁰⁴

Takvo rješenje ima velike nedostatke u praksi jer se zahtijeva od suda da u svakom pojedinačnom predmetu utvrđuje sadržaj oba prava, uspoređuje ih te ocjenjuje koje je od ta dva prava za tuženika povoljnije. Nedostatak tog rješenja ne leži samo u činjenici da ono zahtijeva vrijeme i dodatni trošak već i u tome da je ponekad doista teško, pa čak i nemoguće, utvrditi koje je pravo povoljnije za tuženika.¹⁰⁵ U nekim su predmetima sudovi stoga primjenjivali ono pravo na koje se tuženik oslanjao u tužbi.¹⁰⁶ Sudska praksa bila je nedosljedna u pogledu pitanja treba li uzeti u obzir i neizravne posljedice štete, primjerice štete koju oštećenik pretrpi u mjestu svojeg uobičajenog boravišta,¹⁰⁷ no kao mjerodavno treba uzeti

¹⁰⁴ Sajko 2009, 154.; Pak, Milan, 1986. *Međunarodno privatno pravo*, Beograd: Naučna knjiga, 865–866.; Ilešić, Marko; Polajnak-Pavčnik, Ada; Wedam-Lukić, Dragica, 1983. *Međunarodno zasebno pravo, zakon s komentarjem*, Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 47.; Dika, Mihajlo; Knežević, Gašo; Stojanović, Srđan, 1990. *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd: Nomos, 99.

¹⁰⁵ Babić, Davor; Zrbljić Rotar, Dora, 2020. The Application of the Rome I and Rome II Regulations in Croatia, in: *Rome I and Rome II in Practice* (ed. Emmanuel Guinchard), Intersentia, 144.

¹⁰⁶ Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-6257/03-3 od 22.11.2006.; Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev 3197/1995-2 od 22.11.1995.

¹⁰⁷ U jednoj presudi sud je odlučio da je šteta zbog automobilske nesreće koja se dogodila u Hrvatskoj nastupila u Njemačkoj zato što je oštećenik štetu popravljao u Njemačkoj. Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-335/92, od 24.3.1993. Međutim, Vrhovni sud je u jednoj sudskoj odluci, u pogledu pitanja nadležnosti ali tumačenje se može primijeniti i na mjerodavno pravo, odlučio da je

posljednje tumačenje Vrhovnog suda prema kojemu šteta nije nastala u mjestu gdje su nastale neizravne posljedice štetnog događaja.¹⁰⁸

Prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, u sporu radi klevete koju su počinile slovenske dnevne novine *Delo*, Sud je odlučio da za cjelokupnu štetu može biti mjerodavno bilo koje od prava mjesta gdje je šteta nastala, a primijenit će se ono pravo koje je povoljnije za oštećenika.¹⁰⁹ Dakle Sud nije primijenio načelo mozaika, prihvaćeno u europskom pravu, niti je smatrao da to načelo treba razmatrati kao relevantno. U konkretnom je slučaju tužiteljica s uobičajenim boravištem i prebivalištem u Republici Hrvatskoj tužila slovenske novine *Delo* koje su o njoj objavile informaciju štetnu za njezinu čast i ugled. *Delo* se prodaje uglavnom u Sloveniji, a u vrlo malom broju primjeraka i u Hrvatskoj. Sud je stoga smatrao da je šteta nastala i u Sloveniji i u Hrvatskoj, a da se može primijeniti hrvatsko pravo, kao povoljnije za tužiteljicu, za cjelokupnu štetu, pa i onu koja je za tužiteljicu nastala u Sloveniji.¹¹⁰

ZRS utvrđuje posebno kolizijsko pravilo o protupravnosti štetne radnje. Prema članku 28(3), za protupravnost radnje mjerodavno je pravo mjesta gdje je radnja izvršena ili gdje je posljedica nastupila, a ako je radnja izvršena ili je posljedica nastupila na više mjesta – dovoljno je da je radnja protupravna po pravu bilo kojega od tih mjesta. Ta odredba omogućava primjenu različitih prava na protupravnost štetne radnje i na bit spora,¹¹¹ a sve kako bi se došlo do najpovoljnijeg rezultata za tužitelja.

Hrvatsko kolizijsko pravo izvanugovornih obveza prije izmjena koje su nastupile dijelom 2013. godine, kada je Republika Hrvatska postala članicom Europske unije, a dijelom 2019. godine, kada je na snagu stupio novi ZMPP, bilo je stoga u potpunosti naklonjeno zaštiti interesa tužitelja. Posebice se to jasno može vidjeti u sporovima radi povrede prava osobnosti. Naime u sudskoj praksi razvio se stav da se za cjelokupnu štetu može tužiti prema pravu bilo koje države gdje je vijest objavljena, a sud mora *ex officio* ustanoviti koje je od svih mogućih mjerodavnih prava najpovoljnije za tužitelja i primijeniti to pravo.

U pogledu sporova zbog povrede prava osobnosti posebno mjesto zauzima institut javnog poretka. Naime, prema članku 4. ZRS-a, „ne primjenjuje se pravo strane

šteta zbog smrti pomorca koja se dogodila u Grčkoj, nastala u Grčkoj, a ne u Hrvatskoj gdje su nastupile štetne posljedice po njegovu udovicu. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 51/03-2, od 27.2.2007.

¹⁰⁸ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 51/03-2, od 27.2.2007.

¹⁰⁹ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev 3197/1995-2, od 22.11.1995.

¹¹⁰ Naime, tužiteljica je od osme do osamnaeste godine živjela u Sloveniji.

¹¹¹ Dika, Knežević, Stojanović 1990, 99.

države ako bi njegov učinak bio suprotan Ustavu Republike Hrvatske utvrđenim osnovama državnog uređenja“. Javni poredak ne treba izjednačiti s prisilnim propisima hrvatskog prava već se njime štite temeljne vrijednosti koje se hrvatskim pravom moraju štiti čak i onda kada je strano pravo mjerodavno.¹¹² Prevladava mišljenje kako je javni poredak ograničen na Ustavom zaštićene temeljne vrijednosti.¹¹³

Sudovi, prema tome, mogu odbiti primjenu stranog prava onda kada je njegov učinak u suprotnosti s Ustavom zaštićenim temeljnim vrijednostima. Kako su i prava osobnosti i pravo na slobodu izražavanja prava zaštićena Ustavom Republike Hrvatske, primjena stranog prava u takvim predmetima mogla bi se odbiti pozivanjem na institut javnog poretka. Pri tome se primjena stranog prava ne bi smjela odbiti jer je to pravo općenito nespojivo s hrvatskim pravnim poretom već samo ako bi njegova primjena u konkretnom slučaju dovela do učinaka koji su nespojivi s hrvatskim javnim poretom¹¹⁴ te da se institut javnog poretka koristi iznimno i da se tumači usko.¹¹⁵

5. Kako utvrditi pravo mjerodavno za povrede prava osobnosti pravnih osoba primjenom Uredbe Rim II

Bilo da se radi o povredi prava osobnosti pravne osobe koje je učinjeno kao radnja nepoštenog tržišnog natjecanja koja utječe isključivo na interese određenog konkurenta, pa se na takvu povredu prava osobnosti primjenjuje Uredba Rim II, bilo da se radi o povredi prava osobnosti pravne osobe počinjenog od strane treće osobe, pa se na takvu povredu primjenjuju autonomna hrvatska kolizijska pravila koja upućuju na primjenu Uredbe Rim II, pravo mjerodavno za povredu prava osobnosti određivat će se u svakom slučaju primjenom općeg pravila za izvanugovorne obveze iz članka 4. Uredbe Rim II. Tako će ostati dok se na razini Europske unije ne unificiraju pravila o pravu mjerodavnom za povrede prava osobnosti.

Dakle, prema hrvatskom kolizijskom pravu, pravo mjerodavno za povrede prava osobnosti utvrđivat će se uvijek upravo na onaj način koji su medijski lobiji željeli izbjeći u pregovorima prije donošenja Uredbe Rim II.¹¹⁶

¹¹² Dika, Knežević, Stojanović 1990, 15., 47.; Pak 1986, 607.; Grbin, Ivo, 1980. *Priznanje i izoršenje odluka stranih sudova*, Zagreb: Informator, 117.

¹¹³ Dika, Knežević, Stojanović 1990, 16.

¹¹⁴ Sajko 2009, 259.; Dika, Knežević, Stojanović 1990, 16–17.; Pak 1986, 598.

¹¹⁵ Dika, Knežević, Stojanović 1990, 19. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revt 74/2007-2, od 7.10.2009.; Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-7632/11-3, od 10.5.2012.; Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Gž 29/11-2, od 21.9.2011.

¹¹⁶ Magnus; Mankowski 2019, 117.

Prema članku 4. Uredbe Rim II, za izvanugovornu obvezu proizašlu iz štetne radnje mjerodavno je pravo države u kojoj je šteta nastala, bez obzira na to u kojoj je državi nastao događaj koji je prouzročio štetu ili u kojoj su državi nastale posredne posljedice tog događaja. No opće pravilo predviđa i dvije iznimke. Prvo, ako osoba za koju se tvrdi da je odgovorna i osoba koja je pretrpjela štetu u vrijeme nastanka štete imaju uobičajeno boravište u istoj državi, primjenjuje se pravo te države. Drugo, ako je iz svih okolnosti slučaja jasno da je štetna radnja očito uže povezana s državom različitom od države gdje je šteta nastala ili države zajedničkog uobičajenog boravišta, primjenjuje se pravo te druge države. Pri tome se očito uža veza s drugom državom može temeljiti posebice na već postojećem odnosu između stranaka, kao što je primjerice ugovor koji je u uskoj vezi s tom štetnom radnjom.

Prema tome osnovna je poveznica *loci damni*.¹¹⁷ Problem određivanja mjesta nastanka štete pojavljuje se i kod drugih šteta počinjenih putem interneta,¹¹⁸ no u slučaju povrede prava osobnosti ipak sadrži neke specifičnosti. U kontekstu povrede prava osobnosti postavlja se pitanje kako tumačiti poveznicu mjesta gdje je šteta nastala. Gdje je nastala šteta ako se prava osobnosti povrijede putem klasičnih medija? Gdje je nastala šteta ako se prava osobnosti povrijede putem interneta? Primjenjuje li se pri tome isto tumačenje na fizičke i na pravne osobe?

Kod tumačenja bi se trebalo osloniti na dosadašnju praksu Europskog suda, i to onu u pogledu određivanja međunarodne nadležnosti u takvim sporovima u skladu s Uredbom Bruxelles Ibis.¹¹⁹

Prvo relevantno tumačenje sud daje u predmetu *Fiona Shevill*¹²⁰, u kojemu se radilo o povredi prava osobnosti putem novina, a u kojemu je utvrđeno da je mjesto gdje je šteta nastala svaka ona država gdje je publikacija prodana, ali se tamo može tužiti samo u onom opsegu štete nastale u toj državi.

Dakle, prema tom tumačenju, moglo bi se primijeniti pravo bilo koje od država gdje je šteta nastala, ali samo do visine nastale štete. Takvo tumačenje, iako

¹¹⁷ Ipak, primarna poveznica prema Uredbi Rim II jest stranačka autonomija uređena člankom 14. Uredbe. (o tome više vidi *infra*)

¹¹⁸ Vidi više u: Bogdan, Michael, 2008. Torts in Cyberspace: The Impact of the New Regulation Rome II, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 2, no. 1, 1-10.; De Sousa Gonçalves, Anabela Susana, 2013. The Application of the Rome II Regulation on the Internet Torts, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 1, 35-48.

¹¹⁹ De Sousa Gonçalves 2013, 46.; Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Uredba Bruxelles Ibis), Službeni list Europske unije od 20.12.2012., L 351.

¹²⁰ Presuda Suda EU-a C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA.*, od 7.3.1995., ECLI:EU:C:1995:61

možda jest prikladno za utvrđivanje međunarodne nadležnosti, nije prikladan način utvrđivanja mjerodavnog prava te bi se svakako trebalo izbjeći, ako nikako drugačije, primjenom izbjegavajuće klauzule koja je dozvoljena stavkom 3. članka 4. uredbe Rim II.

U predmetu *eDate Advertising*¹²¹, u kojemu je povreda prava osobnosti fizičke osobe počinjena putem interneta, Sud je utvrdio da se mjesto nastanka štete za cjelokupnu štetu nalazi u mjestu koje predstavlja središte interesa oštećene osobe, a koje će se u najvećem broju predmeta podudarati s njegovim uobičajenim boravištem, no može biti i neka druga država ako s njom postoji osobito bliska veza primjerice zbog profesionalnih aktivnosti.¹²²

Također, pri tome ne treba raditi razliku između povreda prava osobnosti fizičke i pravne osobe, barem ne u pogledu aktivne legitimacije, jer to jasno proizlazi iz odluke Suda Europske unije u predmetu *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, kao ni s obzirom na to što je mjesto nastanka štete pravnoj osobi, baš kao i fizičkoj, u mjestu središta njegova interesa.¹²³ Ipak, način određivanja gdje je središte interesa pravne osobe razlikuje se u odnosu na određivanje središta interesa fizičke osobe. Naime u predmetu *Edate Advertising* Sud naglašava da će središte interesa fizičke osobe uglavnom biti u mjestu njegova uobičajena boravišta, dok u navedenom predmetu Sud kaže je središte interesa pravne osobe ono mjesto gdje je njegov trgovački ugled najčvršće uspostavljen, a da će to biti mjesto gdje ta pravna osoba u najvećem opsegu obnaša svoju trgovačku djelatnost. I sud zaključuje da, iako to može biti ujedno i mjesto njegova sjedišta, sama činjenica da pravna osoba ima sjedište u nekoj državi nije dovoljna.

Osnovna kritika takvog određivanja mjerodavnog prava jest da nije pravno predvidljivo, ponajprije za tuženika. Stoga je i kod takvog načina određivanja mjerodavnog prava tužitelj u puno boljoj poziciji. Čini se kako bi Sud mogao dalje razrađivati ideju o središtu interesa oštećenika kao mjestu nastanka štete u sporovima zbog povrede prava osobnosti upravo u smjeru da se ta poveznica treba učiniti predvidljivijom za odgovornu osobu. Najnoviji predmet o kojemu Sud Europske unije odlučuje, *C-800/19 Mittelbayerischer Verlag*, bit će prilika za takva usmjerenja. Za sada iz tek objavljenog mišljenja nezavisnog odvjetnika Bobeka

¹²¹ Presuda Suda EU-a u spojenim predmetima C-509/09 i C-161/10, *eDate Advertising GmbH and Others v X and Société MGN LIMITED*, od 25.10.2011., ECLI: EU: C: 2011: 685.

¹²² Slično u kontekstu izvanugovorne obveze za štetu nastalu putem Interneta zaključuje i Bogdan 2008, 5.

¹²³ Presuda Suda EU-a C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ and Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, od 17.10.2017., ECLI:EU:C:2017:766.

u predmetu *Mittelbayerischer Verlag*¹²⁴, u kojem on ograničava ili, možda bolje, usmjerava dosadašnje tumačenje mjesta gdje je šteta nastala. Naime, nezavisni odvjetnik zaključuje da bi, ako uzmemo da je šteta nastala u središtu interesa fizičke ili pravne osobe, to središte interesa trebalo biti predvidljivo kako bi određivanje mjesta nastanka štete na taj način bilo usklađeno s ciljevima Uredbe. Ta bi se predvidljivost trebala zasnivati na objektivnim, a ne subjektivnim kriterijima. Hoće li Sud Europske unije u odluci u tom predmetu prihvatiti takvu argumentaciju nezavisnog odvjetnika, tek ćemo vidjeti.

Ipak, na kraju, postoji i jedna važna razlika u određivanju mjerodavnog prava za povrede prava osobnosti pravne osobe koje je učinjeno kao radnja nepoštenog tržišnog natjecanja, pa se pravo mjerodavno za takvu povredu određuje primjenom članka 6(2) Uredbe Rim II koja upućuje na primjenu članka 4., odnosno na *lex loci damni* u odnosu na povredu prava osobnosti pravne osobe koje se ne može okarakterizirati kao radnja nepoštenog tržišnog natjecanja. Naime, kada se radi o radnji nepoštenog tržišnog natjecanja, tada se mjerodavno pravo ne može sporazumno odrediti.¹²⁵

U svim ostalim sporovima zbog povrede prava osobnosti pravne osobe s međunarodnim obilježjem oštećenik i štetnik moći će sporazumno odrediti mjerodavno pravo. Naime, prema članku 14. Uredbe Rim II, stranačka autonomija primarna je poveznica u Uredbi Rim II. Stranke se mogu dogovoriti da za izvanugovorne obveze bude mjerodavno pravo koje one izaberu, ali samo sporazumom sklopljenim nakon događaja koji je prouzročio nastalu štetu. Sporazumom sklopljenim prije negoli je nastao štetni događaj stranke mogu sporazumno odrediti mjerodavno pravo samo ako obje stranke obavljaju poslovnu djelatnost.

Kod rješavanja sporova o povredi prava osobnosti pravne osobe posebno je problematično određivanje visine naknade neimovinske štete. Pri tome se, kod sporova s međunarodnim obilježjem, i ovdje valjano može postaviti pitanje koje će se pravo na određivanje visine štete primjenjivati. Naime, određivanje visine štete prema nekim je pravima procesno pitanje, što za posljedicu ima primjenu *lex fori*,¹²⁶ a prema nekim je pravima materijalno pitanje, što znači da bi se na njega valjalo primijeniti *lex causae*. Uredbom Rim II to je pitanje razriješeno člankom 15(c), prema kojemu se na postojanje, prirodu i procjenu štete primjenjuje pravo

¹²⁴ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka od 23. veljače 2021. u predmetu C-800/19, ECLI:EU:C:2021:124.

¹²⁵ Članak 6(4) Uredbe Rim II.

¹²⁶ Primjerice prema engleskom pravu. Dickinson 2008, 575.; Beaumont, Paul; Tang, Zheng, 2008. Classification of Delictual Damages - Harding v Wealds and the Rome II Regulation, *Edinburgh Law Review*, 1, 132.

određeno primjenom Uredbe Rim II. Prema tome, kada se mjerodavno pravo u sporu o povredi prava osobnosti pravne osobe određuje na temelju pravila Uredbe Rim II, visina štete određivat će se prema pravu mjerodavnom za bit spora prema Uredbi, odnosno *lex causae*. Time se u potpunosti onemogućuje primjena bilo kakvih pravila države suda na procjenu visine štete, a u slučaju kada su pravila *lex causae* o određivanju visine naknade štete u sukobu s pravilima *lex fori*, treba problem rješavati ili primjenom odredbe o pravilima neposredne primjene ili primjenom odredbe o javnom poretku.¹²⁷ Recital 32. Uredbe Rim II čak i izričito određuje da se pozivanjem na javni poredak može odbiti primjena *lex causae* koje bi primjerice odrađivalo naknadu štete ili „kaznene odštete“ (*punitive damages*) u previsokom iznosu.¹²⁸

6. Zaključak

Hrvatsko kolizijsko pravo izvanugovornih obveza prije izmjena koje su nastupile dijelom 2013. godine, kada je Republika Hrvatska postala članicom Europske unije, a dijelom 2019. godine, kada je na snagu stupio novi ZMPP, bilo je u potpunosti naklonjeno zaštiti interesa tužitelja. Posebno se to jasno može vidjeti u sporovima zbog povrede prava osobnosti. Naime u sudskoj praksi razvio se stav da se za cjelokupnu štetu može tužiti prema pravu bilo koje države gdje je vijest objavljena, a sud mora *ex officio* ustanoviti koje je od svih mogućih mjerodavnih prava najpovoljnije za tužitelja i primijeniti to pravo. Čini se stoga da je hrvatsko kolizijsko pravilo bilo naklonjeno zaštiti prava osobnosti u odnosu na zaštitu slobode izražavanja uključujući slobodu medija.

U idealnim uvjetima ravnoteža između slobode izražavanja i zaštite prava osobnosti u Europskoj uniji ostvarila bi se unifikacijom materijalnih pravila o povredi prava osobnosti, no ako prihvatimo da to nije moguće postići, tom cilju pridonijet će i unifikacija kolizijskih pravila. Prilika za unifikaciju kolizijskih pravila propuštena je kod donošenja Uredbe Rim II, kojom se unificiraju kolizijska pravila za veliku većinu ostalih izvanugovornih obveza, te je ostavljeno državama članicama da na određivanje mjerodavnog prava za povrede prava osobnosti primjenjuju autonomna kolizijska pravila do donošenja jedinstvenog pravila na razini Europske unije.

¹²⁷ Callies 2015, 725; Beaumont, Tang 2008, 132.

¹²⁸ Kritiku ovog recitala zbog toga što ne daje jasne smjernice kada bi nacionalni sudovi mogli odbiti primjenu prava mjerodavnog prema Uredbi, a i zbog toga što iz odredbe možemo zaključiti da na takvo što neće odgovoriti niti Sud EU vidi u: Beaumont, Tang 2008, 136-137.

S obzirom na to da hrvatski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2017. godine proširuje primjenu pravila Uredbe Rim II i na one odnose koji su isključeni iz njezina polja primjene, hrvatski sudovi pravo mjerodavno za povredu prava osobnosti pravnih osoba određivat će primjenom kolizijskih pravila za izvanugovorne obveze, u prvom redu iz članka 4. Uredbe Rim II, a onda i primjenom drugih relevantnih odredaba Uredbe Rim II. Prema tome, osim ako stranke nisu valjano izabrale mjerodavno pravo, na povredu prava osobnosti pravnih osoba primjenjivat će se *lex loci damni*, uz dvije iznimke – zajedničko uobičajeno boravište stranaka ili pravo najuže veze kako se ono primjenjuje prema klauzuli izuzeća. Primjenom tumačenja koja je Sud Europske unije dao u pogledu Uredbe Bruxelles Ibis, tj. određivanja međunarodne nadležnosti u takvim sporovima, dolazimo do zaključka da je šteta nastala u državi gdje se nalazi središte interesa oštećene pravne osobe. Sud tumači da se središte interesa pravne osobe nalazi u mjestu gdje ta pravna osoba obnaša najveći dio svojih poslovnih aktivnosti. Sud kaže da sjedište pravne osobe, samo po sebi, ne treba automatski upućivati na to da se radi o mjestu koje je središte interesa pravne osobe, ipak, realno je očekivati da će se ta dva mjesta u najvećem broju slučajeva podudarati.

Unifikacija kolizijskih pravila za povrede prava osobnosti pravne osobe na razini Europske unije za sada ne pokazuje značajne pomake, a bit će teško postići dogovor između različitih interesa koji se pojavljuju u toj raspravi. U sporovima zbog povrede prava osobnosti uvijek su suprotstavljena dva načela, koja oba spadaju u ljudska prava – načelo zaštite prava osobnosti i načelo zaštite slobode izražavanja, koje uključuje i slobodu medija. Istina je da se ravnoteža između ta dva načela u Europskoj uniji može postići unifikacijom materijalnog prava ili unifikacijom kolizijskog prava, no bez barem minimalne harmonizacije materijalnog prava teško će biti postići sporazum o unifikaciji kolizijskog prava. Čak i ako se kolizijska pravila unificiraju na razini Europske unije, morat će se uzeti u obzir cjelokupni postojeći sustav Uredbe Rim II, ali i sudska praksa Suda Europske unije vezana uz sudsku nadležnost u takvim predmetima.

Korišteni izvori

Knjige i članci:

- Alaburić, Vesna, Povreda prava osobnosti informacijama u medijima, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti* (Alaburić, Vesna; Baretić, Marko; Crnić, Ivica; Dika, Mihajlo; Gavella, Nikola; Klarić, Petar; Miladin, Petar; Nikšić, Saša. Petar Klarić ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006., 3-72.
- Babić, Davor; Zrbljić Rotar, Dora, 2020. The Application of the Rome I and Rome II Regulations in Croatia, in: *Rome I and Rome II in Practice* (ed. Emmanuel Guinchard), Intersentia, 2020., 131-151.
- Baretić, Marko, 2006. Pojam i funkcija neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima, *Zbornik PFZ*, Posebni broj, 461-500.
- Beaumont, Paul; Tang, Zheng, 2008. Classification of Delictual Damages - Harding v Wealands and the Rome II Regulation, *Edinburgh Law Review*, 1, 131-137.
- Bogdan, Michael, 2008. Torts in Cyberspace: The Impact of the New Regulation Rome II, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 1, 1-10.
- Callies, G.-P., 2015. *Rome Regulations Commentary*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.
- Crnić, Ivica, Povreda prava osobnosti pravne osobe na ugled, dobar glas, čast, ime odnosno tvrtku, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti* (Alaburić, Vesna; Baretić, Marko; Crnić, Ivica; Dika, Mihajlo; Gavella, Nikola; Klarić, Petar; Miladin, Petar; Nikšić, Saša. Petar Klarić ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006., 239-257.
- Dickinson, Andrew, 2008. *The Rome II Regulation*, Oxford University Press.
- Dika, Mihajlo; Knežević, Gašo; Stojanović, Srđan, 1990. *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd: Nomos.
- Gavella, Nikola, 2000. *Osobna prava*, I. dio, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
- Grbin, Ivo, 1980. *Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova*, Zagreb: Informator.
- Hartley, Trevor C., 2010. "Libel tourism" and conflict of laws, *International and Comparative Law Quarterly*, 1, 25-38.
- Ilešić, Marko; Polajnak-Pavčnik, Ada; Wedam-Lukić, Dragica, 1983. *Mednarodno zasebno pravo, zakon s komentarjem*, Ljubljana: Uradni list SR Slovenije.
- Klarić, Petar, 2006. Neimovinska šteta pravne osobe, u: *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima* (Barbić, Jakša; Crnić, Ivica; Klarić, Petar, Radolović, Aldo ur.), Zagreb: Narodne novine, 2006., 53-75.
- Klarić, Petar; Vedriš, Martin, 2006. *Građansko pravo, deveto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Zagreb: Narodne novine.
- Kovačić, Tihomir, 2009. Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava na čast i ugled pravne osobe, *Pravo i porezi*, 3, 26-31.

- Kunke, Christopher J., 2005. Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog, *Emory International Law Review*, 3, 1733-1772.
- Magnus, Ulrich; Mankowski, Peter, 2019. *European Commentaries on Private International Law, Rome II Regulation*, Sellier.
- Mills, Alex, 2015. The law applicable to cross-border defamation on social media: whose law governs free speech in 'Facebookistan'?, *Journal of Media Law*, 1, 1-35.
- Pak, Milan, 1986. *Međunarodno privatno pravo*, Beograd: Naučna knjiga.
- Pichler, Davorin, 2015. Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, 3-4, 7-23.
- Radolović, Aldo, 2006. Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, *Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.* (1991), 1, 129-170.
- Sajko, Krešimir, 2009. *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb: Narodne novine.
- Sikić, Hrvoje, 2006. Primjena kolizijskih pravila i stranog prava u sudskom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56, 617-686.
- Warshaw, Aaron, 2006. Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims, *Brooklyn Journal of International Law*, 1, 269-310.
- Župan, Mirela, 2006. *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci.

Pravni propisi:

- Haaška konvencija o mjerodavnom pravu za odgovornost proizvođača za svoje proizvode iz 1973. (SL SFRJ MU 8/77), RH je postala strankom notifikacijom o sukcesiji 8. listopada 1991. (NN MU 4/94).
- Haaška konvencija o mjerodavnom pravu za prometne nezgode na cestama iz 1971. (SL SFRJ 26/76), RH je postala strankom notifikacijom o sukcesiji 8. listopada 1991. (NN MU 4/94).
- Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka (GDPR)), Službeni list Europske unije L 119/1 od 4.5.2016.
- Uredbe (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (Uredba Rim II), Službeni list Europske unije od 31.7.2007., L 199/40.

Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Uredba Bruxelles Ibis), Službeni list Europske unije od 20.12.2012., L 351.

Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

Zakon o elektroničkim medijima, NN 153/09, 84/11, 94/13, 136/13.

Zakon o medijima, NN, 59/04, 84/11 i 81/13.

Zakon o međunarodnom privatnom pravu, NN 101/17.

Zakon o obveznim odnosima iz 1978., SL SFRJ 29/1978, 39/1985, 46/1985, 57/1989, NN 53/1991, 73/1991, 3/1994, 111/1993, 107/1995, 7/1996, 91/1996, 112/1999, 88/2001, 35/2005.

Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.

Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN 53/1991.

Sudska praksa:

Odluka Privrednog suda Hrvatske, Pž-27/92 od 21. siječnja 1992.

Presuda Europskog suda za ljudska prava Princess Caroline of Hanover protiv Njemačke od 24. 6. 2004., zahtjev br. 59320/00.

Presuda Europskog suda za ljudska prava Steel i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 15. 2. 2005., zahtjev br. 68416/01.

Presuda Suda EU C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ and Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, od 17.10.2017., ECLI:EU:C:2017:766.

Presuda Suda EU C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA.*, od 7.3.1995., ECLI:EU:C:1995:61

Presuda Suda EU u spojenim predmetima C-509/09 i C-161/10, *eDate Advertising GmbH and Others v X and Société MGN LIMITED*, od 25.10.2011., ECLI: EU: C: 2011: 685.

Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-335/92, od 24.3.1993.

Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-6257/03-3od 22.11.2006.

Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-7632/11-3, od 10.5.2012.

Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev 3197/1995-2 od 22.11.1995.

Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev 3521/2019-2 od 19. studenoga 2019.

Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Gž 29/11-2, od 21.9.2011.

Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revt 51/03-2, od 27.2.2007.

Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revt 74/2007-2, od 7.10.2009.

Presuda Vrhovnog suda SAD-a *New York Times v. Sullivan* (376 U.S.254.)

Ostali izvori:

Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, JLS/2007/C4/028, veljača 2009.

Mišljenje nezavisnog odvjetnika Bobeka u predmetu C-194/16 *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, od 13.7.2017., ECLI:EU:C:2017:554

Mišljenje nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka od 23. veljače 2021. u predmetu C-800/19, ECLI:EU:C:2021:124.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), COM/2003/0427 final

Doc. dr. sc. Tena Hoško

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

TRANSRODNE OSOBE U PREKOGRANIČNOM PRAVNOM PROMETU

1. Uvod

Pitanje spola nije isključivo činjenično već i pravno pitanje jer ono utječe, između ostalog, i na pravni položaj pojedinca.¹ Spol može biti ključan u određivanju s kime određena osoba smije sklopiti brak ili životno partnerstvo, za pitanja roditeljstva, tj. majčinstva i očinstva, za prava iz sustava zdravstvene zaštite, mirovinskog osiguranja, ali u nekim državama i za pitanja nasljeđivanja i radnog prava. No danas se uz spol sve češće razmatra i rod osobe. Ključna razlika između ta dva pojma jest u tome što je spol biološka kategorija, dok se rod odnosi na skup društvenih i kulturoloških obilježja, odnosno pravila ponašanja karakteristična za određeni spol.² Uz to je važno imati na umu i pojam rodnog identiteta koji označava način na koji osoba sebe definira, kojem rodu pripada te koje društvene uloge preuzima.³

¹ Gössl, Susanne Lilian. 2016. From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?, *Journal of Private International Law*, 12, 2, 261-280, 262-265.

² „Trans je krovni pojam koji uključuje, ali nije limitiran na, muškarce i žene s trans prošlosti te ljude koji se identificiraju kao transseksualni, trans, transvestiti, androgini, višerodni, rodno queer, arodni, nebinarni, rodno varijantni ili kroz bilo koji drugi rodni identitet i rodni izričaj koji nije standardno muški i ženski, i koji izražavaju svoj rod prezentacijom (npr. samooslovljavanjem, odjećom itd.) ili modifikacijama tijela, uključujući (ali ne nužno) mnogostruke kirurške zahvate“. (prevela autorica) van den Brink, Marjolein; Dunne, Peter, 2018. Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, EU, dostupno na https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf, 9. 8. 2020., 34.

³ „Rodni identitet podrazumijeva za svaku osobu ono što ona suštinski osjeća kao interni i individualan doživljaj roda, koji mora ili ne mora odražavati spol koji joj je dodijeljen prilikom rođenja, uključujući osobni osjet tijela (koji može uključivati, ako osoba slobodno izabere, modifikaciju tjelesnog izgleda ili funkcija medicinskim, kirurškim i drugim sredstvima) te drugo rodno izražavanje, uključujući odijevanje, govor te manire“. (prevela autorica) Yogyakarta načela primjene međunarodnopravnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava u odnosu na seksualnu orijentaciju i rodni identitet iz 2006., dostupno na <https://yogyakartaprinciples.org/introduction/>, 10. 8. 2020.

U zadnje vrijeme pažnju pravnih teoretičara sve češće plijeni položaj osoba koje se ne uklapaju u tradicionalno poimanje spola i roda – muškog i ženskog – pripisanog rođenjem te nepromjenjivog. Riječ je o osobama koje su promijenile spol te osobama koje nisu mijenjale biološki spol, no žive u drugom rodnom identitetu. Krovni pojam koji obuhvaća obje kategorije jest transrodnost. Plastičan i pojednostavljen primjer transrodne osobe jest osoba kojoj je pri rođenju pripisan muški spol, no ona se zapravo ne osjeća kao muškarac već kao žena, odnosno trans žena. Pri tome trans žena može mijenjati spol hormonskom terapijom i/ili operativnim zahvatom ili može samo živjeti u drugom rodnom identitetu preuzimanjem društvene uloge te vanjskog izgleda žene. Život u drugom rodnom identitetu, neovisno o tome prilagođava li se operativno spol ili ne, sa sobom otvara različita pravna pitanja. Za početak, pitanje je je li moguća takva promjena spola i/ili roda u matičnim knjigama te posljedično u osobnim dokumentima. Ako jest, koji su preduvjeti za takve pravne promjene – od ekstremnih primjera nužne sterilizacije u nekim državama preko operacije prilagodbe spola, dijagnoze rodne disforije i hormonske terapije do liberalne promjene oznake spola na temelju samoodređenja pojedinca.⁴ Nadalje, ako nakon promjene oznake spola u matičnim knjigama takva osoba postane subjektom prekograničnog prometa, npr. preseljenjem u drugu državu, ona ulazi u sferu međunarodnog privatnog prava. Položaj transrodnih osoba u prekograničnom pravnom prometu za sada nije široko istraženo područje.⁵

Pravila međunarodnog privatnog prava koja se odnose specifično na transrodne osobe malobrojna su.⁶ To znači da se eventualna pitanja u pogledu transrodnosti rješavaju popunjavanjem pravnih praznina. Cilj ovoga rada jest analizirati odredbe Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Hrvatske kako bi se pronašla rješenja za moguće situacije u kojima se transrodne osobe mogu naći. No prije toga ukratko će se prikazati odredbe hrvatskog materijalnog prava koje se tiču transrodnih osoba te međunarodni dokumenti i pravo Europske unije o toj temi. Što se međunarodnog privatnog prava tiče, razmotrit će se pravo mjerodavno za rod/spol kao glavno i kao prethodno pitanje te postupanje u slučaju da je u inozemstvu upisana neka nebinarna oznaka roda, odnosno ona kojom se ne pripisuje ni ženski ni muški spol. Na koncu će biti riječi o javnom poretku te zaštiti ljudskih prava transrodnih osoba.

⁴ Detaljnije u: Szydłowski, Maciej. 2016. Gender recognition and the rights to health and health care: Applying the principle of self-determination to transgender people, *International Journal of Transgenderism*, 17, 3-4, 199-211, 203-204, 206-207; van den Brink; Dunne 2018, 58-66.

⁵ Konkretno, u pogledu prelaska iz jedne države članice Europske unije radi promjene spola ili nakon nje. Kogovšek Salomon, Neža, 2019. Mapping of studies on the difficulties for LGBTI people in cross-border situations in the EU, Europska komisija, dostupno na https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/studies-and-research-lgbti-equality_hr, 7. 8. 2020., 41-42.

⁶ Gössl 2016, 266.

2. Materijalnopravno uređenje položaja transrodnih osoba u Republici Hrvatskoj

Prije razmatranja pitanja međunarodnog privatnog prava potrebno je ukratko se osvrnuti na hrvatsko materijalno pravo kojim se uređuje položaj transrodnih osoba. Najprije, upisivanje spola prilikom upisa u maticu rođenih obvezatno je.⁷ Zakon o državnim maticama ne sadrži odredbu da je spol isključivo ženski i muški, odnosno binarno određen, no binarnost je vidljiva iz drugih propisa.⁸ To je važno napomenuti jer postoje osobe koje nije moguće svrstati u te dvije kategorije. Naime postoje osobe koje se rađaju s obilježjima i muškog i ženskog spola (interspolne osobe⁹), ali i one koje se ne identificiraju ni kao ženske ni kao muške, neovisno o tome kakva spolna obilježja imaju. U drugim pravnim sustavima, radi uređivanja statusa takvih osoba, pojavljuje se mogućnost neregistracije spola pri rođenju (odgoda registracije) ili registracije nebinarne oznake – nebinarne, *divers*, *inter*.¹⁰

U Hrvatskoj je moguća promjena spola na temelju mišljenja nadležnog tijela o promjeni spola ili životu u drugom rodnom identitetu sukladno medicinskoj dokumentaciji.¹¹ Mišljenje donosi Nacionalno zdravstveno vijeće na temelju izvješća psihologa, psihijatra i endokrinologa te centra za socijalnu skrb.¹² Za promjenu spola nije propisana dobna granica, no kada spol mijenja dijete, u njegovo ime zahtjev podnosi roditelj ili skrbnik te mu se dodaje i mišljenje pedijatra.¹³

⁷ Članak 9. točka a., alineja 1. Zakona o državnim maticama, NN 96/93, 76/13, 98/19.

⁸ Naprimjer članak 1. stavak 2. Obiteljskog zakona, NN 103/15, 98/19; čl. 5. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN 92/14, 98/19.

⁹ „Interspolne su one osobe koje ne mogu biti klasificirane u skladu s medicinskim normama u tzv. muška i ženska tijela s radiom na njihov kromosomski, gonadalni ili anatomske spol. Posljednje postaje očito u, primjerice, sekundarnim oznakama spola kao što su mišićna masa, raspodjela dlaka, stas ili primarnim oznakama spola poput unutarnjih i vanjskih genitalija i/ili kromosomskoj i gonadalnoj strukturi“. (prevela autorica) Povjerenik za ljudska prava Vijeća Europe, 2015. Human rights and intersex people: Issue paper, Vijeće Europe, dostupno na <https://rm.coe.int/16806da5d4>, 12. 8. 2020., 13.

¹⁰ Holzer, Lena, 2018. Non-binary gender registration models in Europe, Report on third gender marker or no gender marker options, dostupno na <https://www.ilga-europe.org/resources/ilga-europe-reports-and-other-materials/non-binary-gender-registration-models-europe>, 12. 8. 2020. Njemačka i Austrija omogućuju obje opcije, i neregistraciju i *divers* opciju. Više u Gössl, Susanne Lilian; Völmann, Berit. 2019. Legal Gender Beyond the Binary, *International Journal of the Law, Policy and Family*, 33, 3, 403-429, 405-408.

¹¹ Članak 9.a. Zakona o državnim maticama. Već 1990-ih u teoriji se javlja poticaj za tvorbu posebnog zakona koji bi uređivao promjenu spola. Vidi: Hlača, Nenad. 1997. Promjena spola kao promjena elementa osobnog statusa, *Vladavina prava: časopis za pravnu teoriju i praksu*, 1, 4-5-6, 59-69.

¹² Članci 3. i 4. Pravilnika o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu, NN 132/14.

¹³ Članak 4. stavak 3. Pravilnika o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu. Detaljnije o historijatu ovih odredbi: Korać Graovac, Aleksandra, 2013. O pravnom okviru promjene spola vidi u: *Suvremeni pristup transseksualnosti* (Jokić-Begić, Nataša; Begić, Davor ur.), Zagreb: Medicinska naklada, 2013., 55-63, 58-60.

Zanimljivo je pitanje može li se u državne matice upisati činjenica promjene spola koja se dogodila u inozemstvu kao što je slučaj s drugim činjenicama koje se upisuju u matične knjige – rođenje, smrt, promjena imena te sklapanje braka. Zakon o državnim maticama ne uređuje to pitanje. Iz podzakonskog propisa jedino slijedi da stručnjaci, na temelju čijeg izvješća Nacionalno zdravstveno vijeće donosi mišljenje, mogu biti iz inozemstva ako „imaju iskustvo i edukaciju iz područja zdravstvene zaštite transrodnih osoba, a koji su izvan Republike Hrvatske pratili promjene rodnog identiteta podnositelja zahtjeva ili su sudjelovali u procesu promjene spola podnositelja zahtjeva“¹⁴. Tumačenje kojim bi se omogućio upis promjene spola i kada je taj upis učinjen u inozemstvu, analognom primjenom pravila o upisu drugih činjenica koje su se dogodile u inozemstvu, na temelju stranog izvotka iz matičnih knjiga,¹⁵ bilo bi najprihvatljivije rješenje za zaštitu prava transrodnih osoba. Međutim upitno je hoće li do takva tumačenja zaista i doći prilikom primjene Zakona o državnim maticama.

Pravilnik o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu ne uvjetuje upis promjene spola operativnim zahvatom ni hormonskom terapijom.¹⁶ Također, promjena spola ne dovodi do automatskog prestanka braka. Međutim ustavnom odredbom izričito je propisano da je brak životna zajednica žene i muškarca.¹⁷ U tom smislu dakle postoji pravna praznina u pogledu postupanja kada osoba u braku želi promijeniti spol. Točno je da je nedostatak različitosti spola ženika i nevjestice osnova za podnošenje tužbe za utvrđivanje postoji li brak, koju može podnijeti svaka osoba koja ima pravni interes te centar za socijalnu skrb.¹⁸ No prihvaća se tumačenje da se ta odredba primjenjuje samo u slučaju nedostatka različitosti spola u trenutku sklapanja braka. Ako se taj nedostatak utvrdi, on čini brak nepostojećim *ex tunc*.¹⁹ U skladu s tim tumačenjem ne bi se moglo utvrđivati da brak ne postoji na temelju naknadne promjene spola bračnog druga.²⁰ Postoji mišljenje da bi prije promjene spola osoba u braku trebala brak

¹⁴ Članak 5. stavak 4. Pravilnika o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu.

¹⁵ Članak 40. Zakona o državnim maticama.

¹⁶ „Nijedna osoba ne smije biti prisiljena na podvrgavanje medicinskim postupcima, uključujući kiruršku prilagodbu spola, sterilizaciju ili hormonsku terapiju, kao uvjet za priznanje promjene spola ili života u drugom rodnom identitetu.“ Članak 2. stavak 2. Pravilnika o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu.

¹⁷ Članak 62. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

¹⁸ Članci 23. – 24. Obiteljskog zakona. *Mutatis mutandis* i čl. 7. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola.

¹⁹ Arg. ex članak 23. stavak 2. Obiteljskog zakona. Vidi i Korać Graovac 2013, 60; Alinčić, Mira; Hrabar, Dubravka; Jakovac-Lozić, Dijana; Korać Graovac, Aleksandra, 2007. *Obiteljsko pravo*, Zagreb: Narodne novine, 26.

²⁰ Alinčić *et al.* 2007, 28.

razvrgnuti, a nakon toga učiniti upis promjene spola.²¹ Međutim, takvo što nije izričito propisano zakonom. Čini se kako bi idealno bilo, uslijed promjene spola jednog od bračnih drugova, brak pretvoriti u formalno životno partnerstvo osoba istog spola (naravno, ako osobe i dalje žele ostati u životnoj zajednici). Na taj bi se način štitio i ustavni poredak, a i interes te prava transrodnih osoba u najvećoj mogućoj mjeri. Izričitim pravilima koja bi takvo postupanje uređivala otklonila bi se pravna praznina i nesigurnost.

3. Međunarodni pravni izvori koji uređuju položaj transrodnih osoba

Na međunarodnoj razini rijetki su ugovori koji uređuju položaj transrodnih osoba, više je pravno neobvezujućih izvora.²² Primjerice na razini Vijeća Europe donesene su Preporuke o mjerama za borbu protiv diskriminacije na temelju seksualne orijentacije i rodnog identiteta iz 2010. godine²³ i Rezolucija o ljudskim pravima trans osoba iz 2015. godine²⁴ koje za cilj imaju promovirati te poboljšati pravni položaj transrodnih osoba.

Važno je spomenuti i Yogyakarta'ska načela primjene međunarodnopravnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava u odnosu na seksualnu orijentaciju i rodni identitet iz 2006. godine²⁵ te njihovu revidiranu verziju iz 2017.²⁶ koja pravno ne obvezuju države, nisu načinjena u okviru neke međunarodne organizacije niti su ih potpisale države. Ipak, sastavili su ih ugledni stručnjaci te služe kao vodič u primjeni obvezujućih međunarodnih dokumenata koji štite ljudska prava.

Uz to, neki opći međunarodni izvori za zaštitu ljudskih prava obuhvaćaju i prava transrodnih osoba iako se na njih specifično ne odnose, poput Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine te Europske konvencije za

²¹ Korać Graovac 2013, 60.

²² Za sustavan pregled međunarodnih izvora vidi: Canoot, Pieter. 2019. The pathologisation of trans* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37, 1, 14-35, 27-3 te O'Flaherty, Michael; Fisher, John. 2008. *Sexual orientation, gender identity and international human rights law: Contextualising the Yogyakarta principles*, *Human Rights Law Review*, 8, 2, 207-248, 214-227.

²³ Vijeće Europe, Preporuka CM/REC (2010)5 o mjerama za borbu protiv diskriminacije na temelju seksualne orijentacije i rodnog identiteta, dostupno na: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a, 16. 8. 2020.

²⁴ Dostupno na: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>, 12. 8. 2020. Države se potiču na usvajanje antidiskriminacijskih mjera, propisa koji će olakšati promjenu spola, isključiti medicinske zahvate kao uvjet promjene spola te uključiti transrodne osobe u sustav zdravstvene zaštite te djelovati na podizanju svijesti i informiranju javnosti o položaju transrodnih osoba.

²⁵ Kritički osvrt na načela vidjeti u O'Flaherty; Fisher 2008, 207-248.

²⁶ Dostupno na <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, 16. 8. 2020.

zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine.²⁷ U ovom radu detaljnije će biti riječ o zaštiti koju pruža upravo Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te praksi Suda za ljudska prava o tom pitanju.²⁸

4. Pravo Europske unije o položaju transrodnih osoba

Položaj transrodnih osoba od interesa je i na razini Europske unije.²⁹ Godine 2019. na razini Europske unije čine se koraci u pogledu zaštite interspolnih osoba; donesena je Rezolucija Europskog parlamenta o pravima interspolnih osoba.³⁰ Njome se osuđuju patologizacija interspolnih osoba te operacije normaliziranja spola, potiče se uvođenje fleksibilnijih pravila za upis spola prilikom rođenja, osuđuje se diskriminacija interspolnih osoba te se poziva na informiranost.

Nadalje, u lipnju 2020. pod okriljem Europske komisije izrađena je Studija o položaju transrodnih osoba.³¹ Ta se Studija pretežno bavi postupcima promjene spola u državama članicama te poteškoćama s kojima se transrodne osobe općenito susreću u državama članicama. Važan je zaključak Studije da Europskoj uniji nedostaje legislativna ovlast za zaštitu prava transrodnih osoba.³² Prema zaključcima Studije, u okvir prava Europske unije ne spadaju transrodne osobe koje nisu učinile operaciju prilagodbe spola, ali ni one koje ne pripadaju u binarni sustav oznaka roda jer se u pravilu od diskriminacije štite žene i muškarci.³³ Ipak, države članice koje su nadležne za ta pitanja moraju prilikom njihova uređivanja osigurati da transrodne osobe ne budu diskriminirane prilikom npr. pristupa za posljavanje, socijalnim pravima i mirovinskom osiguranju u onim slučajevima kada postoji prekogranično obilježje Europske unije.³⁴ No za potpuno osiguranje

²⁷ Više u: van den Brink; Dunne 2018, 36ff.

²⁸ NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10. Vidi infra 8. Javni poredak i zaštita ljudskih prava.

²⁹ Već 2014. godine Europski parlament usvojio je Rezoluciju Europskog parlamenta od 4. veljače 2014. o planu Europske unije protiv homofobije i diskriminacije na temelju spolne orijentacije i rodnog identiteta (2013/2183(INI)) (2017/C 093/04), Sl. list EU C 93/21, 24. 3. 2017.

³⁰ Rezolucija Europskog parlamenta od 14. veljače 2019. o pravima interspolnih osoba (2018/2878(RSP)), dostupno na https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_HR.html, 12. 8. 2020.

³¹ Europska komisija 2020. Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality, dostupno na: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/legal_gender_recognition_in_the_eu_the_journeys_of_trans_people_towards_full_equality_sept_en.pdf (dalje: Legal gender recognition study 2020), 18. 9. 2020.

³² Presuda Suda Europske unije C-13/94 *P protiv S i Cornwall County Council* od 30. 4. 1996., ECLI:EU:C:1996:170; presuda Suda Europske unije C-423/04 *Sarah Margaret Richards protiv Secretary of State for Work and Pensions* od 27. 4. 2006., ECLI:EU:C:2006:256. Legal gender recognition study 2020, 15, 203-204.

³³ Legal gender recognition study 2020, 203-204.

³⁴ Ibid. To proizlazi iz prakse Suda Europske unije: *P protiv S i Cornwall County Council*; *Sarah Margaret Richards protiv Secretary of State for Work and Pensions*; C-451/16, *MB protiv Secretary of State for Work and Pensions* od 26. 6. 2018., ECLI:EU:C:2018:492.

prava na nediskriminaciju transrodnih osoba potrebno je u članak 19. Ugovora o funkcioniranju Europske unije uključiti rodni identitet kao zabranjenu osnovu diskriminacije.³⁵

Ipak, Sud Europske unije već je odlučivao o diskriminatornosti propisa u području osobnog statusa pojedinca. U presudi *Garcia Avello protiv Belgije*³⁶ riječ je bila o određivanju mjerodavnog prava za ime te pitanju može li ono dovesti do ograničenja slobode kretanja unutar Europske unije. Sud je odlučio da odredba kojom se preferira domaće državljanstvo polipatrada prilikom određivanja mjerodavnog prava za osobno ime pomoću poveznice državljanstvo može biti diskriminatorna. Iako se u tom slučaju radilo o upisu osobnog imena, smatra se da bi se takva logika mogla primijeniti i u kontekstu promjene spola.³⁷ Iz toga slijedi da građanima Europske unije ne bi smjelo biti otežano kretanje kroz Europsku uniju zbog određivanja mjerodavnog prava za osobni status, što obuhvaća i pitanje promjene spola pojedinca.

5. Pravo mjerodavno za rod/spol³⁸

U prekograničnim stvarima, s obilježjem Europske unije ili bez njega, u prvom su planu pravila međunarodnog privatnog prava. Na njima je odrediti međunarodnu nadležnost te, što je u kontekstu ovoga rada važnije, odrediti mjerodavno pravo. Prilikom određivanja mjerodavnog prava pitanje roda/spola u pravilu će se javiti kao prethodno pitanje, npr. u postupku sklapanja braka, pitanja majčinstva i očinstva i tome slično. Ipak, važno je najprije razmotriti koje je pravo mjerodavno za rod/spol u skladu s hrvatskim kolizijskim pravilima. Pravo mjerodavno za rod/spol obuhvaća mogućnost, pretpostavke i učinke promjene spola.³⁹

U Hrvatskoj je 2017. godine donesen novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu (dalje: ZMPP).⁴⁰ Njime je modernizirano hrvatsko međunarodno privatno pravo te je provedena njegova sustavna kodifikacija.⁴¹ Ipak, odredba o

³⁵ Legal gender recognition study 2020, 205.

³⁶ Presuda Suda Europske unije C-148/02 *Carlos Garcia Avello protiv Belgije* od 2. 10. 2003., ECLI:EU:C:2003:539.

³⁷ De Groot, Gerard-René. 2004. Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 11, 2, 115-119, 118-119.

³⁸ U ovom radu koristit će se pojam „pravo mjerodavno za rod/spol“ kako bi se osigurala njegova sveobuhvatnost.

³⁹ Lipp, Volker, 2020. EGBGB Art. 7 Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limperg, Bettina ur.), München: Verlag C.H.BECK, 2020., Rn. 27; Mäsch, Gerald, 2020. EGBGB Art. 7 Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, u: BeckOK BGB (Hau, Wolfgang; Roman Poseck ur.), München: Verlag C.H.BECK, 2020., Rn. 36.

⁴⁰ NN 101/17.

⁴¹ Više u Hoško, Tena. 2019. Novo uređenje međunarodnog privatnog prava u RH – Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Zakonitost*, 1, 19-31; Sikirić, Hrvoje. 2018. Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Tradicionalno XXXIII. savjetovanje - Aktualnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak 25., Organizator: Zagreb, 61-140; Župan, Mirela. 2018. Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Hrvatska pravna revija*, 2, 1-12.

pravu mjerodavnom za rod/spol ne postoji, kao ni u većini komparativnih zakona. S obzirom na to da postoji pravna praznina, valja je popuniti primjenjujući odredbe i načela ZMPP-a, načela pravnog poretka Republike Hrvatske i načela međunarodnog privatnog prava.⁴² Osnovno načelo međunarodnog privatnog prava, pa i ZMPP-a, jest načelo najuže veze kojim se stremlji pronaći pravo koje je s konkretnim pravnim pitanjem u najužoj, najbližoj vezi.⁴³ U potrazi za pravom najuže veze u pogledu roda/spola uzor je moguće naći u kolizijskim odredbama za osobni statut (pravnu i poslovnu sposobnost) i osobno ime. Naime, rod i spol usko su povezani s osobnim statutom jer su temeljna svojstva koja su dugotrajno pripisana određenoj osobi.⁴⁴ Rodni identitet neodvojiv je od osobnog identiteta⁴⁵ te je duboko ukorijenjen u osobnost pojedinca kao nositelja prava i dužnosti.⁴⁶ Uzmemo li u obzir i starija domaća teorijska razmatranja, spol bi svakako pripadao osobnom statutu koji „za predmet ima svojstva čovjeka te prava i obveze koje određuju njegovu individualnost“⁴⁷. Što se osobnog imena tiče, ono je u uskoj vezi s promjenom spola te se u pravilu zajedno čine promjena spola i imena u maticama rođenih. Zaključno, kako bismo utvrdili s kojim je pravom pitanje roda/spola u najužoj vezi, valja odgovor tražiti u kolizijskim pravilima za osobni statut i osobno ime.

Kolizijska pravila za osobni statut i osobno ime kao primarnu poveznicu sadrže državljanstvo.⁴⁸ Stoga je primjena prava državljanstva na rod/spol očiti izbor – iz gore navedenih razloga analogija je primjerena te se na jednak način provodi i u drugim državama.⁴⁹ Također, promjena spola bilježi se u državnim maticama koje se u pravilu vode za vlastite državljane. Prilikom oblikovanja kolizijskog pravila za rod/spol *de lege ferenda* moglo bi se razmotriti uvođenje poveznice uobičajeno boravište, koja je sve češća u suvremenom međunarodnom privatnom pravu te služi ostvarenju načela najuže veze.⁵⁰ Poveznica uobičajeno boravište

⁴² Članak 7. ZMPP-a.

⁴³ Sikirić 2018, 67-68.

⁴⁴ Gössl, Susanne Lillian. 2013. Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht, *Das Ständesamt - StAZ*, 10, 301-305, 303.

⁴⁵ Szydłowski 2016, 200.

⁴⁶ Van den Brink, Marjolein; Reufs, Philipp; Tigchelaar, Jet. 2015. Out of the Box - Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration, *European Journal of Law Reform*, 17, 282-293, 289.

⁴⁷ Klasiček, Damir. 1995. Dvojbe glede izbora poveznice za određivanje osobnog statuta fizičkih osoba u međunarodnom privatnom pravu, *Pravni vjesnik*, 37, 11, 1-4, 37-53, 38.

⁴⁸ Članak 14. stavak 1. i članak 18. stavak 1. ZMPP-a.

⁴⁹ Cf. van den Brink; Reufs; Tigchelaar 2015, 289-290. U Njemačkoj se to smatra nespornim (Mäsch 2020, Rn. 36).

⁵⁰ Tako primjerice u Njemačkoj osobe koje nisu njemački državljani mogu pod određenim uvjetima učiniti promjenu imena i spola ako imaju dozvoljen neograničen boravak ili dugotrajan boravak i tamo stalno prebivaju. Članak 1. stavak 3. alineja d. Zakona o transseksualcima (Transsexuellengesetz) od 10. 9. 1980. (BGBl. I S. 1654), koji je zadnji put izmijenjen članak 2. stavak 3. Zakona od 20. 7. 2017. (BGBl. I S. 2787).

bila bi osobito primjerena u slučaju kada pravo državljanstva određene osobe ne priznaje promjenu spola učinjenu u državi uobičajenog boravišta. U tom bi slučaju u skladu s načelom favoriziranja pravne radnje bilo primjereno primijeniti pravo uobičajenog boravišta. Na tom tragu razvija se i praksa Europskog suda za ljudska prava jer je utvrđena povreda Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u slučaju kada je azilantu, prognanom iz države svojega državljanstva zbog transrodnosti, onemogućen upis promjene spola u državi azila.⁵¹ Uobičajeno boravište predlaže se kao podredna poveznica i u prijedlogu njemačkoga kolizijskog pravila za pravo mjerodavno za rod/spol. U tom prijedlogu teži se ostvarenju autonomije pojedinca na kolizijskopravnoj razini kakva postoji i na materijalnopravnoj razini jer osoba može odabrati njemačko pravo umjesto prava svojeg državljanstva ako u Njemačkoj ima uobičajeno boravište.⁵²

S obzirom na to da je primjena prava državljanstva najvjerojatnija, valja razmotriti bi li se u slučaju upućivanja na strano mjerodavno pravo primjenjivao *renvoi*. On je člankom 9. stavkom 1. ZMPP-a u pravilu isključen, no iznimno se primjenjuje, i to onda kada se na mjerodavno pravo upućuje poveznicom državljanstvo.⁵³ Tako u iznimke spada i određivanje mjerodavnog prava za pravnu i poslovnu sposobnost te osobno ime, što bi analogijom bilo primijenjeno na određivanje mjerodavnog prava za rod/spol. Smisleno bi bilo i na pitanje roda/spola onda primijeniti *renvoi*.

Komparativno gledano, postoji samo nekoliko izričitih odredaba međunarodnog privatnog prava u pogledu roda/spola. Tako je u nekim državama jednostavno određeno da se priznaje u inozemstvu valjano stečena promjena spola,⁵⁴ a u drugima se propisuju još neki uvjeti.⁵⁵ S druge strane malteški propis uređuje

⁵¹ Vidi više *infra* 8. Javni poredak i zaštita ljudskih prava.

⁵² Gössl, Susanne Lillian. 2017. Art. 10a EGBGB-Vorschlag: Kollisionsrechtliche Ergänzung des Vorschlags zum Geschlechtvielfaltsgesetz (GVielfG), *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts - IPRax*, 339-343, 342.

⁵³ Više u: Hoško 2019, 21-22.

⁵⁴ Odjeljak 11. irskog Zakona o priznanju promjene roda iz 2015. (Act to recognize change of gender; to provide for gender recognition certificates; to amend the Irish Nationality and Citizenship Act 1956, the Civil Registration Act 2004, the Passports Act 2008 and the Adoption Act 2010; and to provide for matters connected therewith of 22 July 2015).

⁵⁵ U Portugalu se priznaje promjena spola zakonito učinjena u državi čiji je osoba državljanin ako je ujedno i portugalski državljanin (članak 6. stavak 2. Lei n.º 7/2011 de 15 de Março Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil). U Švedskoj se priznaje zakonita promjena u inozemstvu ako je osoba državljanin te države ili u njoj ima prebivalište (S 3(a)(A) of Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, Svensk författningssamling 1972:119, izmijenjen 2012.). U Ujedinjenom Kraljevstvu priznaje se promjena spola ako je zakonita u mjestu promjene, ako ju je odobrio *Secretary of the State* i ako osoba ispunjava minimalne standarde prava UK (UK Gender Recognition Act 2004, odjeljak 1(1)(a), u vezi s odjeljkom 2(2), odjeljkom 3 i odjeljkom 21(1)).

samo u inozemstvu stečen upis nebinarnog roda koji se priznaje ako je u inozemstvu stečen zakonito.^{56,57} Autorici je poznat tek jedan međunarodni ugovor koji se tiče međunarodnoprivatnopravnih aspekata roda/spola – Konvencija o priznanju odluka koje se tiču promjene spola Međunarodne komisije za osobna stanja⁵⁸ koja je na snazi samo u Španjolskoj i Nizozemskoj.⁵⁹ U skladu s njezinim pravilima priznaju se administrativne odluke o promjeni spola ako su donesene u državi državljanstva ili uobičajenog boravišta osobe koja je promijenila spol pod uvjetom da priznanje nije protivno javnom poretku države priznanja, da promjena spola nije fraudolozna te da je došlo do potrebnih fizičkih izmjena osobe o kojoj je riječ.⁶⁰

Ugledajući se u strane pravne propise, trebalo bi propisati pod kojim se uvjetima stranim državljanima priznaje promjena spola učinjena u inozemstvu. Na taj bi se način donekle izbjeglo utvrđivanje prava mjerodavnog za rod/spol na klasičan način jer bi se priznavala promjena ako je primjerice valjano učinjena prema pravu države gdje je učinjena.⁶¹ U tom slučaju otvoreno bi ostalo pitanje nebinarnih oznaka roda, pa bi bila potrebna odredba o transpoziciji u takvim slučajevima.⁶²

6. Rod/spol kao prethodno pitanje

U pravilu će se pitanje roda/spola pojaviti kao prethodno pitanje u okviru nekog drugog postupka. To će uglavnom biti slučaj prilikom sklapanja braka i utvrđivanja majčinstva i očinstva jer ta pravila najčešće ovise o rodu/spolu. Moguće je, dakako, da se pitanje javi i u drugim pravnim područjima poput nasljeđivanja ili radnopravnih odnosa.

Prethodno pitanje samostalna je pravna cjelina bez čijeg se rješavanja ne može riješiti glavno pitanje, a proizlazi iz dispozicije materijalne norme mjerodavnog prava.⁶³ To će naprimjer biti u slučaju ako strano mjerodavno pravo za naslje-

⁵⁶ Članak 9. stavak 2. Gender Identity Gender Expression and Sex Characteristics Act (Act XI of 2015).

⁵⁷ Za bilješke 54-56 i prateći tekst vidi Gössl 2016, 266-267.

⁵⁸ Konvencija (br. 29) o priznanju odluka koje se tiču promjeni spola od 12. 9. 2000., dostupno na: http://ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/4B4AADLvXAprZUdDclRNZ29PJwA, 2. 9. 2020.

⁵⁹ Dostupno na: http://ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/4B4AADLvXAprZUdDclRNZ29PJwA?WD_ACTION=MENU&ID=A10&_WWREFERER=http%3A%2F%2Fciec1.org%2F&_WWNATION_=5, 2.9.2020.

⁶⁰ Članci 1. i 2. Konvencije o priznanju odluka koje se tiču promjene spola.

⁶¹ Slično pravilo postoji za priznanje braka u članku 32. stavku 1. ZMPP-a. („Brak sklopljen u stranoj državi priznaje se ako je sklopljen u skladu s pravom te države“.)

⁶² Više *infra* 7. Nebinarne oznake roda.

⁶³ Kropholler, Jan, 2006. *Internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 6. izd., 221.; Sajko, Krešimir, 2009. *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb: Narodne novine, 5. izd., 219.; Varadi, Tibor, Knežević, Gašo, Bordaš, Bernadet, Pavić, Vladimir 2016. *Međunarodno privatno pravo*, Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, 15. izd., 131.; Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko 2016. *Međunarodno privatno pravo I*, Opći dio, Sarajevo: Privredna štampa, 106.

divanje razlikuje nasljednike prema spolu te je nužno utvrditi spol nasljednika. Prethodno pitanje moguće je razlikovati od prvotnog pitanja koje je također samostalna pravna cjelina, ali koja je obuhvaćena kolizijskom odredbom *lex fori*.⁶⁴ Npr. ženik i nevjesta mogu odabrati mjerodavno pravo za ime prilikom sklapanja braka, pa je prvotno pitanje jesu li oni zaista ženik i nevjesta, tj. muškarac i žena.

Ilustrativan primjer za prethodno pitanje jest sklapanja braka – dvije osobe žele sklopiti brak te se kao prethodno pitanje javlja ono je li riječ o osobama različitog spola jer prema mjerodavnom pravu brak mogu sklopiti samo osobe različitog spola. Mjerodavno pravo za rod/spol određuje se ili kolizijskim pravilima *lex fori* (nezavisno upućivanje) ili *lex causae* (zavisno upućivanje) ili se *ad hoc* rješava svaki pojedini slučaj.⁶⁵ U Hrvatskoj o tome ne postoje izričita pravna pravila. U teoriji preteže stav da valja koristiti nezavisno upućivanje.⁶⁶ Takav pristup posebno je opravdan za statusna pitanja zbog toga što se njime postiže ujednačenost na nacionalnoj razini. Time se osigurava da se u svim postupcima u Hrvatskoj na status osobe primjenjuju ista kolizijska pravila, pa onda i isto materijalno pravo.⁶⁷ Iz toga proizlazi da bi u Hrvatskoj za rod/spol kao prethodno pitanje bilo mjerodavno pravo državljanstva, kao i da je riječ o glavnom pitanju.

S druge strane u hrvatskoj pravnoj teoriji o prvotnom se pitanju ne raspravlja. U stranoj literaturi prevladava mišljenje da bi, s obzirom na to da je prvotno pitanje dio kolizijskog pravila *lex fori*, valjalo također primijeniti pravila *lex fori* za njegovo rješavanje.⁶⁸ Tako bi se i za prethodno i prvotno pitanje primjenjivala ista kolizijska pravila, dakle za rod/spol bilo bi mjerodavno pravo državljanstva.

Ovdje je važno napomenuti da su kolizijske odredbe o majčinstvu i očinstvu u Hrvatskoj rodno neutralne – ne spominju se muškarac i žena već osoba o čijem je majčinstvu i očinstvu riječ. Rodna binarnost kolizijskih pravila i poveznica javlja se kao problem u drugim pravnim sustavima jer se predmnijeva da je majka žena.⁶⁹ U Hrvatskoj to ne proizlazi iz teksta ZMPP-a, stoga bi se spol majke ili oca mogao javiti kao prethodno, ali ne i prvotno pitanje, ako mjerodavno pravo propisuje da samo žena može biti majka, a samo muškarac otac.

Konačno, potrebno je proučiti interakciju između promjene spola i kontinuiteta braka u kontekstu određivanja mjerodavnog prava jer promjena spola može utjecati i na kontinuitet braka. Neka materijalna prava zahtijevaju prestanak braka,

⁶⁴ Kropholler 2006, 221; Meškić; Đorđević 2016, 115.

⁶⁵ Više u Kropholler 2006, 224-227.; Sajko 2009, 218-223.; Varadi *et al.* 2016, 133-134.; Meškić; Đorđević 2016, 105ff.

⁶⁶ Meškić; Đorđević 2016, 108-109. Konkretno u Njemačkoj: Gössl 2013, 302; u Srbiji: Đorđević, Slavko. 2011. Kolizionopravno vezivanje prethodnog pitanja kao uzrok protivrečnosti pravnih normi i primena prilagođavanja, *Nova pravna revija*, 1, 18-28, 22-23.

⁶⁷ Tako i Kropholler 2006, 226.

⁶⁸ Kropholler 2006, 223.; Meškić; Đorđević 2016, 115.

⁶⁹ Za Nizozemsku vidi: van den Brink; Reufs; Tigchelaar 2015, 291-292; za Njemačku: Gössl 2013, 303.

u pravilu razvod⁷⁰, prije promjene spola osobe koja je u braku. Uzrok tome jest to što materijalno pravo ne prepoznaje istospolni brak, stoga zahtijeva razvod braka ili moguće njegovu konverziju u neku drugu zajednicu. Stoga je moguće da postupak razvoda braka bude pokrenut u Hrvatskoj uslijed promjene spola. Takva bi situacija mogla biti u slučaju da strani državljanin, upisan u maticu rođenih na temelju rođenja na teritoriju Republike Hrvatske, odluči promijeniti spol. Ako strano pravo, pravo državljanstva te osobe, zahtijeva razvod kao preduvjet promjene spola, osoba bi mogla pokrenuti postupak razvoda u Hrvatskoj.⁷¹ Pravo mjerodavno za razvod bračni drugovi mogu izabrati u skladu s člankom 36. ZMPP-a te time osigurati da do razvoda zaista i dođe birajući pravo državljanstva bračnog druga koji mijenja spol. U suprotnom bi se moglo dogoditi da materijalno pravo ne omogućuje razvod u konkretnom slučaju. Ipak, ako postoji obostrana želja za razvodom, malo je vjerojatno da razvod neće biti moguć. Ako razvod nikako ne bi bio moguć, moglo bi se razmatrati je li povrijeđen javni poredak u konkretnom slučaju. Moguće je, dakako, i da postupak razvoda braka bude pokrenut nakon postupka promjene spola, pa se pitanje prava mjerodavnog za spol/rod javlja kao klasično prethodno pitanje i rješava se na gore opisan način.

7. Nebinarne oznake roda

Načelno je dakle mjerodavno pravo državljanstva za pitanje kojeg je roda/spola određena osoba. Na prvi se pogled zapravo čini da je taj podatak lako utvrditi, neovisno o mjerodavnom pravu, jer je uglavnom zapisan u osobnim dokumentima ili izvacima iz matičnih knjiga. Ipak, u nekim slučajevima problem nastaje usprkos lakom utvrđivanju spola/roda uvidom u dokumente. Naime određene države omogućuju upis nebinarne oznake spola/roda, ni ženskog ni muškog, već *inter* ili *divers* oznake roda.⁷²

U tom slučaju javljaju se poteškoće prilikom uključivanja pojedinaca u domaći pravni sustav. Primjerice ako je riječ o hrvatskom državljaninu te ga je potrebno upisati u matične knjige rođenih. Ili kada nije riječ o hrvatskom državljaninu već strancu koji želi sklopiti brak ili životno partnerstvo u Hrvatskoj. Tada se javlja i problem kvalifikacije – je li riječ o braku koji je heteroseksualan (upitno je mogu li ga sklopiti osobe različitog spola koje nisu žena i muškarac) ili životnom partner-

⁷⁰ Vidi: van den Brink; Dunne 2018, 64-65; Holzer 2018, 19ff.

⁷¹ U komparativnoj teoriji usvojen je stav da se na kontinuitet braka u slučaju promjene spola primjenjuje pravo mjerodavno za razvod braka. Lipp 2020, Rn. 31.

⁷² Tako je propisano naprimjer u nekim saveznm državama SAD-a, Novom Zelandu, Australiji, Pakistanu, Indiji, Njemačkoj, Malti, Austriji. Gössl, Susanne Lillian. 2019. Das dritte Geschlecht - Personenstandsrechtliche Erfassung intersexueller Personen aus rechtsvergleichender Perspektive, *Forum Familienrecht*, 298-305, 300-301.

stvu koje sklapaju osobe istoga spola. Ako je riječ o životnom partnerstvu, postavlja se pitanje znači li to da osoba koja pripada nebinarnoj kategoriji može sklopiti partnerstvo samo s osobom koja pripada istoj kategoriji. Slično je i s priznanjem braka sklopljenog u inozemstvu – je li brak između osobe koja pripada nebinarnoj kategoriji s muškarcem ili ženom brak u smislu članka 32. stavka 1. ZMPP-a ili članka 32. stavka 2. ZMPP-a koji se izjednačava sa životnim partnerstvom?

Kako bi se odgovorilo na ta pitanja, potrebno je kvalificirati pravni odnos, odnosno sumirati pravno relevantne činjenice pod određenu kategoriju vezivanja.⁷³ U ZMPP-u ne postoji odredba o kvalifikaciji, što nije neuobičajeno ni u komparativnim propisima. U teoriji se navodi kako kvalifikacija prema *lex fori* prevladava u praksi te bismo je mogli prihvatiti i u ovom slučaju.⁷⁴ To znači da odabir konkretne kolizijske odredbe ovisi o tome kako možemo svrstati pravno relevantne činjenice prema hrvatskom pravu. Uzmimo za primjer sljedeće pravno relevantne činjenice: dvije osobe od kojih jedna ima registriranu nebinarnu oznaku spola žele sklopiti neki oblik formalne životne zajednice (ili su u inozemstvu sklopile brak koji treba priznati u Hrvatskoj). U skladu s hrvatskim pravom brak mogu sklopiti samo žena i muškarac, a istospolno životno partnerstvo samo osobe istog spola (pri čemu se zapravo predmnijeva da je riječ o dvije žene ili dva muškarca).⁷⁵ Istina je da kvalifikacija prema *lex fori* ne znači sagledavanje isključivo materijalnih pravila hrvatskog prava već se, zbog autonomije međunarodnog privatnog prava, trebaju sagledati i komparativna rješenja.⁷⁶ Međutim, čak ni to ne bi polučilo rezultat s obzirom na to da ni komparativno nije jasno i ujednačeno o kojoj je zajednici riječ. Prema tome jasno je da kvalifikacijom *lex fori* ne možemo pronaći odgovarajuće kolizijsko pravilo. Stoga bi se trebalo pokušati kvalificirati tzv. funkcionalnom kvalifikacijom koja se komparativno koristi kada je riječ o stranom institutu nepoznatom domaćem pravnom sustavu.⁷⁷ Pritom bi bila riječ o braku ili istospolnom partnerstvu osobe nebinarnog roda i muškarca ili žene kao nepoznatom pravnom institutu. Zapravo i u toj se kvalifikaciji pravni odnos kvalificira prema *lex fori*, no prije toga pronalazi se funkcionalno sličan institut.⁷⁸ Tom kvalifikacijom ne postizemo dovoljno jasno rješenje jer se vraćamo na početak problema – opet moramo odabrati brak ili istospolno partnerstvo. A i funkcionalna kvalifikacija mogla bi pomoći samo u nekim slučajevima, ali ne i u slučaju kad primjerice treba upisati oznaku spola u matricu rođenih.

⁷³ Kropholler 2006, 114; Sajko 2009, 177; Varadi *et al.* 2016, 119.

⁷⁴ U literaturi se navodi kako kvalifikacija prema *lex fori* prevladava u praksi: Sajko 2009, 182; Meškić; Đorđević 2016, 87; Varadi *et al.* 2016, 124. U pogledu prije važećeg Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima u teoriji je postojao stav da postoji stupnjevita kvalifikacija, što u novom ZMPP-u ne možemo iščitati. Sikirić 2018, 81.

⁷⁵ Članak 12. Obiteljskog zakona i članak 7. stavak 1. alineja 1. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola.

⁷⁶ Kropholler 2006, 124.

⁷⁷ Kropholler 2006, 127; Meškić; Đorđević 2016, 90.

⁷⁸ Kropholler 2006, 126-127; Meškić; Đorđević 2016, 91.

Dakle potrebno je osobu smjestiti u jednu od dviju (hrvatskom pravu) poznatih oznaka spola. Takvo pretvaranje stranog nepoznatog pravnog instituta u domaći naziva se transpozicijom.⁷⁹ U skladu s autonomijom volje te zaštitom ljudskih prava i intime pojedinca, najprikladnije bi bilo prepustiti izbor osobi o kojoj je riječ.⁸⁰ Međutim osoba bi mogla odbiti učiniti takav izbor, pa se utvrđivanje spola putem liječničke dokumentacije nameće kao jedino rješenje, iako je invazivno za intimu pojedinca.

No bez određivanja spola teško se može provesti kvalifikacija pravnog odnosa, posebice u pogledu sklapanja braka i životnog partnerstva. Zabrana sklapanja ijedne od navedenih zajednica protivila bi se zaštiti ljudskih prava, posebice prava na brak iz članka 12. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te članka 14. kojim se brani diskriminacija.⁸¹ Komparativno se radi određivanja mjerodavnog prava zajednica osoba od kojih barem jedna nije binarnog roda izjednačava s istospolnim brakom, tj. partnerstvom.⁸² Naravno, najbolje rješenje bilo bi osobi omogućiti priznanje nebinarnog roda. Međutim bez ublažavanja pravila materijalnog prava u pogledu upisa spola to se ne čini vjerojatnim.⁸³ Štoviše, s obzirom na krutost pravila o upisu spola nameće se pitanje bi li priznanje nebinarne oznake spola bilo suprotno javnom poretku.

8. Javni poredak i zaštita ljudskih prava u praksi Europskog suda za ljudska prava

Javni poredak važan je mehanizam zaštite domaćeg pravnog poretka od primjene stranog prava te stranih pravnih instituta. Kako bi se pokrenulo djelovanje javnog poretka, strano pravo mora biti nespojivo s temeljnim načelima domaćeg pravnog poretka.⁸⁴ Važnu sastavnicu javnog poretka čini zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda, posebno onih zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950., zajedno s praksom Europskog suda za ljudska prava.⁸⁵ Njima se stvara minimalni standard ljudskih prava koje države članke moraju poštivati.

⁷⁹ Meškić; Đorđević 2016, 171.

⁸⁰ Gössl 2013, 304.

⁸¹ Gössl 2016, 277.

⁸² Članak 17.b. stavak 4. njemačkog Uvodnog zakona za Građanski zakonik od 21. 9. 1994. (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061) koji je zadnje izmijenjen čl. 1 I Zakona od 10. 6. 2020. (BGBl. I S. 1643, 1870). Isto je predlagano i prije nego što je to izričito propisano. Gössl 2013, 304.

⁸³ Osim već spomenutih država koje omogućuju upis nebinarne oznake spola, u nekim državama moguće je upis da spol nije moguće utvrditi kao u Nizozemskoj. Gössl 2019, 301.

⁸⁴ Kropholler 2006, 251; Sajko 2009, 257; Varadi *et al.*, 154.

⁸⁵ Kropholler 2006, 253; Sajko 2009, 258-259; Kiestra, Louwrens Rienk, 2014. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, 164-166. Vidi i presudu Suda Europske unije C-7/98 Dieter Krombach protiv Andréa Bamberskog od 28. ožujka 2000, ECLI:EU:C:2000:164, para. 44.

Transrodne osobe uživaju zaštitu ljudskih prava koju pruža Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Konkretno, zaštita rodnog identiteta pod okriljem je zaštite prava na privatni život iz članka 8. Konvencije.⁸⁶ Europski sud za ljudska prava dugi niz godina rješava pitanja specifična za transrodne osobe. Sud je najprije bio stava da ne postoji pozitivna obveza država članica da omoguće upis promjene spola⁸⁷ jer oko toga nije bilo konsenzusa država članica Vijeća Europe.⁸⁸ No onda dolazi do razvoja pozitivne obveze upisa promjene spola u praksi Suda.⁸⁹ Sud je odlučivao i o dopuštenosti preduvjeta za promjenu spola – smatra da je rodni identitet jedno od najprivatnijih područja života pojedinca te je dokazivanje nužnosti operativnih zahvata prilagodbe spola radi plaćanja iz zdravstvenog osiguranja neproporcionalno,⁹⁰ baš kao i uvjet sterilizacije⁹¹. S druge strane razvod, odnosno promjena braka u registrirano partnerstvo, ne čini povredu Konvencije,⁹² kao ni hormonska terapija⁹³ i medicinska dijagnoza.⁹⁴ Takav pristup Suda kritiziran je jer vodi patologizaciji transrodnosti.⁹⁵ Iz perspektive hrvatskog pravnog poretka sve navedeno njegov je dio, a s obzirom na to da se štiti Konvencijom, trebalo bi se štititi i kao dio javnog poretka.

U prekograničnom kontekstu zanimljiva je presuda Europskog suda za ljudska prava *Rana protiv Mađarske*.⁹⁶ Riječ je o trans muškarcu iz Irana koji je na temelju

⁸⁶ Presuda Europskog suda za ljudska prava *A.P., Garçon i Nicot protiv Francuske* od 6. 4. 2017., zahtjevi br. 79885/12, 52471/13, 52596/13, para 93.

⁸⁷ Presude Europskog suda za ljudska prava: *Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 17. 10. 1986., zahtjev br. 9532/81; *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 29. 8. 1990., zahtjev br. 10843/84; *Sheffield i Horsham protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 30. 7. 1998., zahtjev br. 23390/94. Međutim, *Francuska je povrijedila čl. 8. Konvencije jer nije dopušten upis promjene spola, a inače su mogući upisi i promjene*. Presuda Europskog suda za ljudska prava *B. protiv Francuske* od 25. 3. 1992., zahtjev br. 13343/87.

⁸⁸ Gössl; Völmann 2019, 410.

⁸⁹ Presude Europskog suda za ljudska prava: *Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 27. 3. 1996., zahtjev br. 17488/90; *I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 11. 7. 2002., zahtjev br. 25680/94; *Grant protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 23. 5. 2006., zahtjev br. 32570/03; *L. protiv Litve* od 11. 9. 2007., zahtjev br. 27527/03; *S. V. protiv Italije* od 11. 10. 2018., zahtjev br. 55216/08; *X. protiv Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije* od 17. 1. 2019., zahtjev br. 29683/16; *Y. T. protiv Bugarske* od 9. 7. 2020., zahtjev br. 41701/16. Vidi i Gössl, Völmann 2019, 411.

⁹⁰ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Van Kück protiv Njemačke* od 12. 5. 2003., zahtjev br. 35968/97. *Tako je povreda nadena i kada je zahtijevan arbitrarni rok od dvije godine za operativni zahvat na teret zdravstvenog osiguranja*. Presuda Europskog suda za ljudska prava *Schlumpf protiv Švicarske* od 8. 1. 2009., zahtjev br. 29002/06.

⁹¹ Presude Europskog suda za ljudska prava: *Y. Y. protiv Turske* od 10. 3. 2015., zahtjev br. 14793/08; *A. P., Garçon i Nicot protiv Francuske*.

⁹² Presuda Europskog suda za ljudska prava *Hämäläinen protiv Finske* od 16. 7. 2014., zahtjev br. 37359/09. *Pogotovo jer neke države ne poznaju brak osoba istog spola* (Presuda Europskog suda za ljudska prava *Parry protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 28. 11. 2006., zahtjev br. 42971/05; *R. i F. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 28. 11. 2006., zahtjev br. 35748/05).

⁹³ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Nunez protiv Francuske* od 27. 5. 2008., zahtjev br. 18367/06.

⁹⁴ *A. P., Garçon i Nicot protiv Francuske*. Više u Dunne, Peter. 2017. *Legal gender recognition in Europe: sterilisation, diagnosis and medical examination requirements*, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39, 4, 497-500.

⁹⁵ Canoot 2019, 23ff. O depatologizaciji kao ljudskom pravu vidjeti Theilen, Jens T. 2014. *Depathologisation of transgenderism and international human rights law*, *Human Rights Law Review*, 14, 2, 327-342.

⁹⁶ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Rana protiv Mađarske* od 16. 7. 2020., zahtjev br. 40888/17.

transrodnosti, zbog koje je proganjan u Iranu, dobio azil u Mađarskoj. Sud je utvrdio da je došlo do povrede članka 8. Konvencije jer su mađarske vlasti odbile upisati promjenu spola i imena s jednostavnim obrazloženjem da to nije moguće za osobe koji nisu upisane u mađarske matice rođenih poput podnositelja zahtjeva. Sud je rekao da ne može prihvatiti takvo formalističko obrazloženje, posebice jer je podnositelj zahtjeva dobio azil baš na temelju svoje transrodnosti. Tu odluku valjalo bi imati na umu prilikom razmatranja povrede javnog poretka u slučaju kada strano pravo ne dopušta upis promjene spola, čak i kada je riječ o stranom državljaninu koji nije upisan u matice rođenih u Hrvatskoj.

Važno je razmotriti i vezu između ljudskih prava i upisa nebinarnog spola. U pogledu upisa nebinarnog spola ne postoji konsenzus država članica pa je, prema ustaljenoj praksi Suda, margina prosudbe država članica široka.⁹⁷ Doduše, moglo bi se argumentirati i suprotno, da bi margina prosudbe trebala biti uska s obzirom na to da je riječ o jednom o najvažnijih aspekata identiteta pojedinca.⁹⁸ Također, postoji i postupni trend koji se javlja kako izvan tako i unutar Europe u pogledu upisa nebinarnog spola koji bi mogao suziti marginu prosudbe.⁹⁹ Stoga bi nemogućnost upisa nebinarnog spola mogla voditi zadiranju u prava pojedinca.¹⁰⁰ Opravdanje za to država bi ipak mogla naći u zaštiti stabilnosti i funkcionalnosti svojeg sustava registracije građanskih stanja.¹⁰¹ Iz prakse Suda Europske unije, koja se, doduše, ne tiče izravno upisa nebinarne oznake roda, opravdanje je moguće samo ako upis u matične knjige ni inače ne dopušta nikakve iznimke, a ne ako bi to izazvalo administrativne teškoće.¹⁰² Pozitivna obveza države stoga još ne postoji, a povreda članka 8. Konvencije mogla bi postojati samo u nekim slučajevima. Za sada javni poredak država članica Vijeća Europe ne obuhvaća pravo na upis nebinarne oznake roda kao pravilo.

9. Zaključak

Transrodnost u kontekstu međunarodnog privatnog prava nije zastupljena tema u hrvatskoj pravnoj teoriji. Razlog može biti u tome što se pitanja međunarodnog privatnog prava općenito rijetko pojavljuju, odnosno što je prekogranični pravni promet transrodnih osoba slab. Moguće je, dakako, i da ta pitanja još nisu došla pod povećalo javnosti, pa ni znanosti, jer je fokus na materijalnom pravu.

⁹⁷ Gössl; Völzmann 2019, 410-411.

⁹⁸ Canoot 2019, 33-34.

⁹⁹ Gössl; Völzmann 2019, 410-411.

¹⁰⁰ Gössl; Völzmann 2019, 413.

¹⁰¹ *Arg ex Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, para 78. Gössl, Susanne Lillian. 2016. *Intersexuelle Menschen und ihre personenstandsrechtliche Erfassung*, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 1123-1128, 1125-1126; Gössl 2016, 273-274.

¹⁰² Ibid.

uređenju promjene spola. Bez obzira na to, riječ je o važnoj temi koja postaje sve zastupljenija u komparativnoj pravnoj teoriji.

U prekograničnom pravnom prometu ključna su pitanja koje je pravo mjerodavno za rod/spol te pod kojim se uvjetima priznaje promjena spola. U hrvatskim pravnim propisima ni o jednom od ta dva pitanja ne postoji izričito pravno pravilo. Kao rješenje do kojeg dolazimo popunjavanjem pravnih praznina nameće se primjena prava državljanstva kao mjerodavnog za rod/spol. Do tog rješenja dolazimo primjenom *per analogiam* kolizijskih pravila o osobnom statutu i osobnom imenu koja sadrže poveznicu državljanstvo.

I nakon popunjavanja pravne praznine otvoreno ostaje pitanje uključivanja osoba s nebinarnom oznakom roda u domaći pravni sustav. U tom slučaju transpozicijom tog stranog pravnog instituta treba osobu smjestiti u jednu od dvije poznate oznake spola u Hrvatskoj – žensko ili muško. U skladu sa zaštitom prava privatnosti i intime pojedinca, na osobi bi trebalo biti pravo izbora, a tek u slučaju nedostatka izbora trebalo bi posegnuti za invazivnijom metodom medicinskog vještačenja, tj. dostavljanjem medicinske dokumentacije. Konačno, i Europski sud za ljudska prava kroz svoju praksu razvio je sustav zaštite transrodnih osoba te se dopuštenost promjene spola danas smatra pozitivnom obvezom država stranaka Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, pa onda i dijelom njihova javnog poretka. To, za sada, ne uključuje pravo na promjenu u nebinarnu oznaku roda, no kao što je vidljivo i u području zaštite transrodnih osoba, praksa Suda mijenja se i razvija te se opseg zaštite širi.

Korišteni izvori

Knjige i članci:

- Alinčić, Mira, Hrabar, Dubravka, Jakovac-Lozić, Dijana, Korać Graovac, Aleksandra, 2007. Obiteljsko pravo, Zagreb: Narodne novine.
- Canoot, Pieter, 2019. The pathologisation of trans* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37, 1, 14-35.
- de Groot, Gerard-René 2004. Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 11, 2, 115-119.
- Dunne, Peter 2017. Legal gender recognition in Europe: sterilisation, diagnosis and medical examination requirements, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39, 4, 497-500.
- Dorđević, Slavko 2011. Kolizionopravno vezivanje prethodnog pitanja kao uzrok protivrečnosti pravnih normi i primena prilagođavanja, *Nova pravna revija*, 1, 18-28.

- Gössl, Susanne Lilian, 2016. From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?, *Journal of Private International Law*, 12, 2, 261-280.
- Gössl, Susanne Lilian, Völzmann, Berit, 2019. Legal Gender Beyond the Binary, *International Journal of the Law, Policy and Family*, 33, 3, 403-429.
- Gössl, Susanne Lillian 2013. Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht, *Das Standesamt - StAZ*, 10, 301-305.
- Gössl, Susanne Lillian 2016. Intersexuelle Menschen und ihre personenstandsrechtliche Erfassung, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 1123-1128.
- Gössl, Susanne Lillian 2017. Art. 10a EGBGB -Vorschlag: Kollisionsrechtliche Ergänzung des Vorschlags zum Geschlechtervielfaltsgesetz (GVielG), *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts - IPRax*, 339-343.
- Gössl, Susanne Lillian, 2019. Das dritte Geschlecht - Personenstandsrechtliche Erfassung intersexueller Personen aus rechtsvergleichender Perspektive, *Forum Familienrecht*, 298-305.
- Hlača, Nenad, 1997. Promjena spola kao promjena elementa osobnog statusa, *Vladavina prava : časopis za pravnu teoriju i praksu*, 1, 4-5-6, 59-69.
- Hoško, Tena, 2019. Novo uređenje međunarodnog privatnog prava u RH – Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Zakunitost*, 1, 19-31.
- Kiestra, Louwrens Rienk, 2014. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer.
- Klasiček, Damir, 1995. Dvojbe glede izbora poveznice za određivanje osobnog statuta fizičkih osoba u međunarodnom privatnom pravu, *Pravni vjesnik*, 37, 11, 1-4, 37-53.
- Korać Graovac, Aleksandra, 2013. *Pravni okvir promjene spola u Suvremeni pristup transseksualnosti (Jokić-Begić, Nataša, Begić, Davor ur.)*, Zagreb: Medicinska naklada, 2013., 55-63.
- Kropholler, Jan, 2006. *Internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 6. izd.
- Lipp, Volker 2020. EGBGB Art. 7 Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, Oetker, Hartmut, Limperg, Bettina ur.)*, München: Verlag C.H.BECK, 2020.
- Mäsch, Gerald 2020. EGBGB Art. 7 Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, u: *BeckOK BGB (Hau, Wolfgang, Roman Poseck ur.)*, 55. izd., München: Verlag C.H.BECK, 2020.
- Meškić, Zlatan, Đorđević, Slavko 2016. *Međunarodno privatno pravo I, Opći dio*, Sarajevo: Privredna štampa.
- O'Flaherty, Michael, Fisher, John, 2008. Sexual orientation, gender identity and international human rights law: Contextualising the Yogyakarta principles, *Human Rights Law Review*, 8, 2, 207-248.
- Sajko, Krešimir, 2009. *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb: Narodne novine, 5. izd.

- Sikirić, Hrvoje 2018. Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Tradicionalno XXXIII. savjetovanje - Aktualnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25., Organizator, Zagreb, 61-140.
- Szydlowski, Maciej, 2016. Gender recognition and the rights to health and health care: Applying the principle of self-determination to transgender people, *International Journal of Transgenderism*, 17, 3-4, 199-211.
- Theilen, Jens T. 2014. Depathologisation of transgenderism and international human rights law, *Human Rights Law Review*, 14, 2, 327-342.
- Van den Brink, Marjolein, Reufs, Philipp, Tigchelaar, Jet 2015. Out of the Box - Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration, *European Journal of Law Reform*, 17, 282-293.
- Varadi, Tibor, Knežević, Gašo, Bordaš, Bernadet, Pavić, Vladimir 2016. Međunarodno privatno pravo, Beograd: Univerzitet u Beogradu, pravni fakultet, 15. izd.
- Župan, Mirela 2018. Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Hrvatska pravna revija*, 2, 1-12.

Pravni propisi:

- Europska komisija za građanska stanja, Konvencija (br. 29) o priznanju odluka koje se tiču promjeni spola od 12. 9. 2000.
- Europski parlament, Rezolucija Europskog parlamenta od 4. veljače 2014. o planu EU-a protiv homofobije i diskriminacije na temelju spolne orijentacije i rodnog identiteta (2013/2183(INI)) (2017/C 093/04), Sl. list EU C 93/21, 24.3.2017.
- Europski parlament, Rezolucija od 14. veljače 2019. o pravima interseksualnih osoba (2018/2878(RSP))
- Irski Zakon o priznanju promjene roda iz 2015. (Act to recognize change of gender; to provide for gender recognition certificates; to amend the Irish Nationality and Citizenship Act 1956, the Civil Registration Act 2004, the Passports Act 2008 and the Adoption Act 2010; and to provide for matters connected therewith of 22 July 2015)
- Malteški Gender Identity Gender Expression and Sex Characteristics Act (Act XI of 2015)
- Njemački Uvodni zakon za Građanski zakonik od 21. 9. 1994. (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061) koji je zadnje izmijenjen čl. 11 Zakona od 10. 6. 2020. (BGBl. I S. 1643, 1870)
- Njemački Zakon o transseksualcima (*Transsexuellengesetz*) od 10. 9. 1980. (BGBl. I S. 1654), koji je zadnje izmijenjen čl. 2. St. 3. Zakona od 20. 7.2017. (BGBl. I S. 2787)
- Obiteljski zakon, NN 103/15, 98/19.
- Portugalski Lei n.º 7/2011 de 15 de Março Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil)

Pravilnik o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu, NN 132/14

Švedski Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, Svensk författningssamling 1972:119, izmijenjen 2012

UK Gender Recognition Act 2004

Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

Vijeće Europe, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10

Vijeće Europe, Preporuka CM/REC(2010)5 o mjerama za borbu protiv diskriminacije na temelju seksualne orijentacije i rodno identiteta

Vijeće Europe, Rezolucija o ljudskim pravima trans osoba iz 2015.

Zakon o državnim maticama, NN 96/93, 76/13, 98/19

Zakon o međunarodnom privatnom pravu, NN 101/17

Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN 92/14, 98/19

Sudska praksa:

Presuda Europskog suda za ljudska prava B. protiv Francuske od 25. .3 1992., zahtjev br. 13343/87

Presuda Europskog suda za ljudska prava Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 29. 8. 1990., zahtjev br. 10843/84

Presuda Europskog suda za ljudska prava Sheffield i Horsham protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 30. 7. 1998., zahtjev br. 23390/94

Presuda Europskog suda za ljudska prava A.P., Garçon i Nicot protiv Francuske od 6. 4. 2017., zahtjevi br. 79885/12, 52471/13, 52596/13

Presuda Europskog suda za ljudska prava Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 27. 3. 1996., zahtjev br. 17488/90

Presuda Europskog suda za ljudska prava Grant protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 23. 5. 2006., zahtjev br. 32570/03

Presuda Europskog suda za ljudska prava Hämäläinen protiv Finske od 16. 7. 2014., zahtjev br. 37359/09

Presuda Europskog suda za ljudska prava I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 11. 7. 2002., zahtjev br. 25680/94

Presuda Europskog suda za ljudska prava L. protiv Litve od 11. 9. 2007., zahtjev br. 27527/03

Presuda Europskog suda za ljudska prava Nunez protiv Francuske od 27. 5. 2008., zahtjev br. 18367/06

Presuda Europskog suda za ljudska prava Parry protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 28. 11. 2006., zahtjev br. 42971/05

- Presuda Europskog suda za ljudska prava R. i F. protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 28. 11. 2006., zahtjev br. 35748/05
- Presuda Europskog suda za ljudska prava Rana protiv Mađarske od 16. 7. 2020., zahtjev br. 40888/17
- Presuda Europskog suda za ljudska prava Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 17. 10.1986., zahtjev br. 9532/81
- Presuda Europskog suda za ljudska prava S.V. protiv Italije od 11. 10. 2018., zahtjev br. 55216/08
- Presuda Europskog suda za ljudska prava Schlumpf protiv Švicarske od 8. 1. 2009., zahtjev br. 29002/06
- Presuda Europskog suda za ljudska prava Van Kück protiv Njemačke od 12. 5. 2003., zahtjev br. 35968/97
- Presuda Europskog suda za ljudska prava X. protiv Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije od 17. 1. 2019., zahtjev br. 29683/16
- Presuda Europskog suda za ljudska prava Y.T. protiv Bugarske od 9. 7. 2020., zahtjev br. 41701/16
- Presuda Europskog suda za ljudska prava Y.Y. protiv Turske od 10. 3. 2015., zahtjev br. 14793/08
- Presuda Suda EU-a C-13/94 P protiv S i Cornwall County Council od 30. 4. 1996., ECLI:EU:C:1996:170
- Presuda Suda EU-a C-148/02 Carlos Garcia Avello protiv Belgije od 2. 10. 2003., ECLI:EU:C:2003:539
- Presuda Suda EU-a C-423/04 Sarah Margaret Richards protiv Secretary of State for Work and Pensions od 27. 4. 2006., ECLI:EU:C:2006:256
- Presuda Suda EU-a C451/16, MB protiv Secretary of State for Work and Pensions od 26. 6. 2018., ECLI:EU:C:2018:492
- Presuda Suda EU-a C-7/98 Dieter Krombach protiv Andréa Bamberskog od 28 ožujka 2000., ECLI:EU:C:2000:164

Ostali izvori:

- Europska komisija 2020. Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality, dostupno na: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/legal_gender_recognition_in_the_eu_the_journeys_of_trans_people_towards_full_equality_sept_en.pdf
- Holzer, Lena, 2018. Non-binary gender registration models in Europe, Report on third gender marker or no gender marker options, dostupno na <https://www.ilga-europe.org/resources/ilga-europe-reports-and-other-materials/non-binary-gender-registration-models-europe>

- Kogovšek Salomon, Neža, 2019. Mapping of studies on the difficulties for LGBTI people in cross-border situations in the EU, Europska komisija, dostupno na https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/studies-and-research-lgbti-equality_hr
- Povjerenik za ljudska prava Vijeća Europe, 2015. Human rights and intersex people: Issue paper, Vijeće Europe, dostupno na <https://rm.coe.int/16806da5d4>
- Van den Brink, Marjolein, Dunne, Peter, 2018. Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, EU, dostupno na https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf
- Yogyakarta načela primjene međunarodnopravnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava u odnosu na seksualnu orijentaciju i rodni identitet iz 2006., dostupno na <https://yogyakartaprinciples.org/introduction/>

Izv. prof. dr. sc. Dunja Duić

Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

Martina Drventić, mag. iur., asistent – doktorand HrZZ-a

Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

IDENTITET DJECE MIGRANATA U PRAKSI EUROPSKIH SUDOVA*

1. Uvod

Građani Europske unije i članovi njihovih obitelji uživaju slobodu kretanja te se sele iz jedne države članice u drugu iz poslovnih ili obiteljskih razloga. Na područje Europske unije svakodnevno se useljavaju i državljani trećih zemalja, većinom iz ekonomskih, političkih i sigurnosnih razloga. Takva kretanja uključuju i djecu, koja mogu biti dio imigracijskih kretanja, prateći kretanje svoje obitelji, ali mogu biti i sama ili razdvojena od svojih roditelja, dio nezakonitih migracija te tražitelji međunarodne zaštite. Okvirno je 6,9 milijuna djece migranata pristiglo na područje Europske unije tijekom 2018. godine. Od toga je 2,6 milijuna djece državljana Europske unije koji su se preselili u drugu državu članicu te 4,3 milijuna djece državljana trećih država.¹ Migracije, posebice one prisilne, za djecu su napeto i teško iskustvo. Izbjeglicama je teško ponovno sagraditi svoj život i integrirati se u nove države, osobito ako dolaze iz mjesta koje je veoma različito od njihove države prijma. Te razlike mogu se odnositi na jezik koji govore, politički sustav te etničke, religijske i kulturološke razlike u odnosu na većinu populacije.²

* Rad doktorandice Martine Drventić financiran je sredstvima Projekta razvoja karijera mladih istraživača – izobrazba novih doktora znanosti Hrvatske zaklade za znanost.

¹ Europska komisija, JRC Technical Reports, *Data on Children in Migration Part 1: The Basics*, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113025/data_on_children_in_migration_v2.6d_%28pdf%29.pdf, 3.

² Ni Raghallaig, Muirean, 2018. *The Integration of Asylum Seekers and Refugee Children: Resilience in the Face of Adversity*, u: *Research Handbook on Child Migration* (Bhabha, Jacqueline; Kanics, Jyothi; Senovilla Fernández, Daniel ur.), Chaltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 351.

U takvim situacijama, sukladno standardima međunarodnog i europskog prava zaštite dječjih prava, djeca migranti trebaju se moći prilagoditi društvu domaćinu bez potrebe odricanja od svojeg identiteta.

U radu se razlikuju osobni identitet djece migranata te njihov kulturni identitet. Osobni i obiteljski statusi migranata predstavljaju dio identiteta djeteta. Osobni status može obuhvaćati pravnu osobnost i sposobnost, ali i osobno ime, spol, dob, pripadnost određenoj obitelji te bračnu ili registriranu partnersku vezu.³ Osobni status ima snažne implikacije na osobni i obiteljski život, a u tom pogledu on se proučava u okviru međunarodnog privatnog prava⁴ i obrađen je u pojedinim poglavljima ovog zbornika.⁵ Osobni i obiteljski status veže se i za druga pravna područja uključujući pravo iz imigracije i azila.⁶ Iz tog aspekta, ovaj će rad obraditi izabrane predmete vezane uz dob maloljetnika i maloljetnički brak. Važan dio identiteta djece migranata jest i njihov kulturni identitet, koji se, između ostalog, vezuje uz duhovne, materijalne, intelektualne i emocionalne značajke društva ili društvene skupine iz koje dolaze, a koji obuhvaća i sustav vrijednosti, tradicije i vjerovanja.⁷

U radu će se uvodno prikazati iz kojih se izvora Europske unije te međunarodnih izvora crpe odredbe o zaštiti identiteta djece migranata te će se staviti naglasak na odredbe Konvencije o pravima djeteta.⁸ Nadalje, analizirat će se praksa Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava u izabranim pitanjima vezanima za identitet djece migranata. Cilj rada jest propitati uzimaju li u obzir i

³ Dutta, Anatol, 2017. Personal Status, u: *Encyclopedia of Private International Law* (Basedow, Jürgen; Rühl, Giesela; Ferrari, Franco; de Miguel Asensio, Pedro ur.), Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017., 1346.

⁴ Vidi dosadašnja istraživanja: Župan, Mirela, 2012. Normiranje mjerodavnog prava za osobno ime - novina hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, u: *Recent trends in European Private International Law – Challenges for the national legislations of the South East European countries* (Deskoski Toni ur.), Skopje: Pravni fakultet Justinijan I, 2012., 179-193.; Župan, Mirela, 2019. Identity of a Child in Cross-border legal transit (Naming Law in Focus), *Yearbook Human Rights Protection Protection of the Right's of the Child "30 Years after the Adoption of the Convention on the Rights of the Child"*, No. 2., Novi Sad: Provincial Protector of Citizens – Ombudsman; Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade, 2019., 545-567.; Kunda, Ivana, 2020. Utjecaj međunarodnoprivatskih rješenja Europske unije na status migranata, u: *Položaj migranata u međunarodnom i europskom pravu* (Barbić, Jakša, ur.), Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020., 73-91.

⁵ Vidi poglavlja autora: Sikirić, Hrvoje i Župan, Mirela; Medić, Ines; Kunda, Ivana; Hoško, Tena.

⁶ Corneloup, Sabine, 2014. Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?, u: *Private International Law and Global Governance* (Muir Watt, Horatia i P.Fernández Arroyo, Diego ur.), Oxford: Oxford University Press, 2014., 301-317.; Verhellen, Jinske, 2017. Cross-Border Portability of Refugees' Personal Status, *Journal of Refugee Studies*, 4, 427.

⁷ UNESCO, 2003. *Univerzalna deklaracija UNESCO-a o kulturnoj raznolikosti*, Paris, 2. studeni 2003., URL: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_hr.pdf, 1.

⁸ Konvencija o pravima djeteta, 1989. UNTS, Vol. 1577, 3, SL SFRJ 15/1990, NN MU 12/1993.

u kojoj mjeri ti sudovi, prilikom odlučivanja o djeci migrantima, relevantne međunarodne norme kojima se promiče pravo na očuvanje identiteta djece migranata, posebice odredbe Konvencije o pravima djeteta.

2. Europski i međunarodni dokumenti koji štite prava djece migranata i njihov identitet

Europska unija osnovana je pod multikulturalnim motom „Ujedinjeni u različitosti“ s idejom kako se različitosti između europskih država mogu premostiti kroz zajedničku europsku baštinu i identitet. Ideja podrazumijeva i to da Europska unija treba prihvatiti kulturne različitosti između država članica.⁹ Set zajedničkih vrijednosti kao što su poštivanje ljudskih prava, demokracija i tolerancija postali su temeljni aspekti identiteta Europske unije, i vanjskog i unutarnjeg. Ideja „Ujedinjeni u različitosti“ ne odnosi se samo na različitosti u kulturama i jezicima koji već postoje u Europi već se odnosi i na prihvaćanje različitosti u kulturi imigranata iz država izvan Europe. Takav stav osnova je Komisijinih politika o imigraciji i integraciji imigranata iz trećih država.¹⁰ U oblikovanju zajedničkog pristupa Europske unije imigracijskoj i integracijskoj politici Komisija aktivno naglašava kako imigranti moraju imati ista ekonomska, kulturna, socijalna i zakonska prava bez da se od njih očekuje da napuste svoj kulturni identitet.¹¹

Prava djece migranata u Europskoj uniji uređena su sekundarnim pravom Europske unije, u okviru politika koje se odnose na graničnu kontrolu, azil i useljavanje. Pravo djece migranata na očuvanje osobnog te kulturnog identiteta nije uređeno sekundarnim pravom Europske unije, prije svega jer Europska unija nema nadležnost za uređenje materijalnog obiteljskog prava. Osnova za zaštitu identiteta djece migranata u Europskoj uniji izvire iz primarnog zakonodavstva koje promiče prava djece te pravo na osobni identitet i očuvanje kulturnog identiteta.¹² Europska unija promiče očuvanje identiteta djece migranata i kroz politike

⁹ UFEU, članak 167.

¹⁰ Martiniello, Marco, 2006. *Towards a coherent approach to immigrant integration policy(ies) in the European Union*, Intensive Programme “Theories of International Migration”, Liege, URL: <http://www.oecd.org/dev/38295165.pdf>, 3.

¹¹ Europska komisija, 2003. Komunikacija Komisije Vijeću, Europskom parlamentu, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o imigraciji, integraciji i zapošljavanju, COM(2003)336, 18.; Europska komisija, 2011. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija - Akcijski plan za integraciju državljana trećih zemalja, COM(2011)455, 3; Europska komisija, 2016. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija - Akcijski plan za integraciju državljana trećih zemalja, COM(2016)377, 4.

¹² UFEU, članak 3. stavak 3. Cilj je Unije, između ostalog, i zaštita prava djeteta, 2007/C 303/01: Povelja Europske unije o temeljnim pravima SL C 303, 14. 12. 2007., članak 7. o pravu na privatni i obiteljski život, članak 14. o pravu na obrazovanje, članak 24. o pravima djeteta.

o zaštiti prava djece, prava djece migranata i prava na njihovo obrazovanje. Dodatno je Europska unija vezana i međunarodnim instrumentima koji štite prava izbjeglica, ljudska prava općenito te prava djece time što su im ugovornice njezine države članice.

2.1. Zaštita prava djece migranata u zakonodavstvu Europske unije

Ugovor o Europskoj uniji promiče prava djeteta unutar i izvan Europske unije.¹³ Izričita obveza promicanja zaštite prava djeteta jest novina, usklađena s članom 24. Povelje Europske unije o temeljnim pravima. Štiteći prava djece, primarno zakonodavstvo u obzir uzima i Konvenciju o pravima djeteta iz 1989., kojoj su ugovornice sve države članice.¹⁴ Tako se već i pri određivanju pojma djeteta Europska unija u svojim politikama oslanja na definiciju pojma djeteta iz Konvencije o pravima djeteta.¹⁵

Sukladno Povelji o temeljnim pravima, Europska unija mora voditi računa o najboljem interesu djeteta u svakom djelovanju koje se odnosi na djecu, što uključuje i djelovanja Europske unije u okviru nadležnosti za politiku azila i imigracije.¹⁶ Zaštita prava djece migranata nije bila početna točka u razvijanju zakonodavstva u području tih politika. Njihova prava uređena su fragmentarno, u različitim propisima Europske unije vezanim za odrasle,¹⁷ ovisno o tome radi li

¹³ UEU, članak 3. stavci 3. i 5.

¹⁴ Blanke, Hermann-Josef i Mangiameli, Stelio ur. 2013. *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary UEU*, Berlin/Heidelberg: Springer, para 40.

¹⁵ Konvencija o pravima djeteta, članak 18. Hrabar, Dubravka, 2013. Prava djece u Europskoj uniji - pravni okvir, u: *Europsko obiteljsko pravo* (Korać Graovac, Aleksandra, Majstorović, Irena ur.), Zagreb: Narodne novine d.d., 56.

¹⁶ Povelja o temeljnim pravima, članak 24.; Stalford, Helen. 2014. *Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability*, Oxford: Hart Publishing, 5-26.

¹⁷ U okviru zajedničke politike useljavanja eksplicitno regulirana prava djece useljenika: Direktiva Vijeća 2003/86/EZ od 22. rujna 2003. o pravu na spajanje obitelji, 2003, SL EU L 251/12 (dalje: Direktiva o spajanju obitelji); Direktiva 2008/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom, 2008, SL EU L 348/98 (dalje: Direktiva o vraćanju); Direktiva 2009/52/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 18. lipnja 2009. o minimalnim standardima za sankcije i mjere za poslodavce državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom, 2009, SL EU L 168. U okviru zajedničke politike azila najrelevantnije zakonodavstvo za zaštitu prava djece su: Direktiva Vijeća 2001/55/EZ od 20. srpnja 2001. o minimalnim standardima za dodjelu privremene zaštite u slučaju masovnog priljeva raseljenih osoba te o mjerama za promicanje uravnoteženih napora država članica pri prihvatu i snošenju posljedica prihvata tih osoba, 2001, SL EU L 212; Direktiva 2011/95/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite (preinačena), 2011, SL EU L 337/9; Direktiva 2013/32/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o zajedničkim postupcima za priznavanje i oduzimanje međunarodne zaštite (preinačena), 2013, SL EU L 180/60 (dalje: Direktiva o postupcima azila); Direktiva 2013/33/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju standarda za prihvata podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu (preinaka), 2013, SL EU L

se o djeci tražiteljima međunarodne zaštite, o djeci žrtvama *traffickinga* ili djeci u postupku povratka.¹⁸

Europsko zakonodavstvo o azilu maloljetnikom smatra državljanina treće zemlje ili osobu bez državljanstva. Od pojma maloljetnik razlikuje maloljetnika bez pratlje kojeg definira kao maloljetnika koji uđe na državno područje države članice bez pratlje odrasle osobe koja je za njega ili nju odgovorna na temelju zakona ili prakse dotične države članice te tako dugo dok takva osoba ne počne učinkovito skrbiti o njemu ili njoj; to uključuje maloljetnika koji ostane bez pratlje nakon što uđe na područje države članice.¹⁹ Maloljetnici bez pratlje imaju poseban tretman u odnosu na pravila o ulasku i boravku u zemlji, smještaju, spajanju s obitelji, određivanju države odgovorne za odlučivanje o zahtjevu za međunarodnom zaštitom, zadržavanje i protjerivanje te u pitanjima pristupa pravosuđu.²⁰ Unatoč brojnim referencama na djecu u okviru brojnih odredba iz gore navedenog zakonodavstva, ono i dalje ostaje neosjetljivo i ne daje odgovore na posebne potrebe i interese djeteta²¹ uključujući i pravo na identitet djece migranata.

2.2. Zaštita identiteta djece migranata u soft law dokumentima Europske unije

Stav Europske unije o pravu na identitet djece migranata proizlazi iz njezinih *soft law* dokumenata vezanih uz politike o djeci, djeci migrantima ili pak obrazovanju. Strategija Europske unije o pravima djece iz 2006. godine²² rezultat je potrebe da se u Europskoj uniji stvori okvir i osnaže ciljevi kojima europsko društvo treba težiti u zaštiti djece i njihovih prava.²³ Dokument ukazuje kako pitanja identiteta

180/96; Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog parlamenta i Vijeća Od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka), 2013, SL EU L 180/13 (dalje: Dublin III Uredba).

¹⁸ O'Donnell, Rebeca, 2018. The Role of European Union, in the Protection of Migrant Children, u: *Research Handbook on Child Migration* (Bhabha, Jacqueline; Kanics, Jyothi i Senovilla Hernández, Daniel ur.) Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. 133.

¹⁹ Direktiva 2011/95/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o standardima za kvalifikaciju državljanina trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite (preinačena), 2011, SL EU L 337/9, članak 2. točka 1.)

²⁰ Vidi: Duić, Dunja. 2019. Migracijsko pravo EU-a i prava djeteta, u: *Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji* (Župan, Mirela ur.), Osijek: Pravni fakultet Osijek 2019., 131-155.

²¹ Stalford 2014, 88.

²² Komunikacija Komisije prema Strategiji Europske unije o pravima djeteta COM(2006) 367 final.

²³ Iusmen, Ingi i Stalford, Helen, 2016. Introduction: The EU as a Children's Rights Actor: Law, Policy and Structural Dimensions, u: *The EU as a Children's Rights Actor: Law, Policy and Structural Dimensions* (Iusmen, Ingi i Stalford, Helen ur.), Opladen/Berlin/Toronto: Verlag Barbara Budrich, 2016., 9-18.

dolaze do izražaja posljednjih godina u cijeloj Europi te ističe kako neprijateljstvo te strah od „stranaca“ postaju sve zabrinjavajući fenomen u društvima Europske unije, pri čemu su upravo djeca pripadnici manjina laka meta takvog rasizma.²⁴ Slijedom stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, a njime i Povelje o temeljnim pravim te nove vizije Europe kroz Strategiju 2020, Komisija 2011. godine donosi novi, suvremeniji dokument EU agendu za djecu.²⁵ U njemu ističe potrebu izmjene prava azila u odnosu na djecu migrante,²⁶ ali propušta ukazati i na pitanja prava djece migranata na identitet. U 2017. godini revidirane Smjernice Europske unije za promicanje i zaštitu prava djeteta²⁷ podsjećaju na međunarodne standarde u području zaštite dječjih prava te propisuju sveobuhvatne upute i konkretne mjere za njihovo promicanje. Jedan od njihovih ciljeva jest i osnažiti te promicati socijalno, ekonomsko i političko uključivanje svih, bez obzira na dob, spol, invaliditet, rasu, etničku pripadnost, podrijetlo, vjera ili ekonomski ili drugi status.²⁸ U 2017. godini Komunikacija o zaštiti djece migranata²⁹ donosi sveobuhvatan skup mjera za jačanje zaštite djece u svim fazama migracijskog procesa. Dokument se vodi politikom integracije navodeći kako integracija predstavlja socijalno ulaganje i važan čimbenik koji pridonosi socijalnoj koheziji u cijeloj Europi. Bez daljnjih pojašnjenja, u dokumentu se ističe potreba za daljnjim naporima za promicanjem pozitivnog pristupa različitosti te borbi protiv rasizma, ksenofobije i posebno govora mržnje protiv djece migranata.³⁰

Nove izazove pred politiku azila i imigracija Europske unije donijela je izbjeglička kriza 2015. – 2016., kada su Europska unija i države članice znatno intenzivirale suradnju u području imigracijske politike i politike azila i kada je postala jasna potreba za revizijom postojećeg zakonodavstva. Novi pakt o migracijama i azilu³¹ ističe kako su potrebe djece prioritet jer su ona u migracijama posebno ranjiva. Prepoznaje i kako je reforma pravila Europske unije o azilu i vraćanju prilika za jačanje zaštitnih mjera i standarda zaštite djece migranata u okviru prava Europske unije.³² Novi Akcijski plan za integraciju i uključivanje 2021.-2027.³³ ukazuje kako, zbog

²⁴ Prema Strategiji Europske unije o pravima djeteta, 5.

²⁵ Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija EU agenda djecu, COM(2011) 60.

²⁶ EU agenda za djecu, 9.

²⁷ Smjernice Europske unije za promicanje i zaštitu prava djeteta, 2017. URL: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/default/files/eu_guidelines_rights_of_child_0.pdf.

²⁸ Smjernice Europske unije za promicanje i zaštitu prava djeteta, 14.

²⁹ Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću Zaštita djece migranata, COM/2017/0211.

³⁰ Zaštita djece migranata, 11-12.

³¹ Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru te Odboru regija O novom paktu o migracijama i azilu, COM/2020/609.

³² O novom paktu o migracijama i azilu, 6-7.

³³ Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Akcijski plan za integraciju i uključivanje za razdoblje 2021.-2027., COM(2020) 758.

raznolikog društva, određene skupine i određena područja u zemljama domaćinima trebaju ciljanu podršku za prevladavanje određenih izazova. Navodi kako bi stoga unutar svakog područja politike kreatori politike trebali osmisliti ciljane i prilagođene mehanizme podrške kako bi pridošlicama pomogli da se brzo integriraju. Tome samo pridodaje kako djeca trebaju dodatnu zaštitnu potporu tako da se uvijek osigurava najbolji interes djeteta, ne samo kad su bez pratnje.³⁴

Analiza izabranih politika Europske unije u području zaštite djece te azila i imigracije (politike koje uređuju obrazovanje djece migranata obrađuju se u poglavlju 4.1.) ukazuje kako Europska unija kroz svoje politike ipak samo upozorava na razlike koje postoje s obzirom na kulturu migranata te upozorava na mogućnost diskriminacije, no pri tome se ne predlažu konkretne mjere za integraciju koje će uključivati poštivanje multikulturalnosti.

2.3. Zaštita identiteta djece migranata u međunarodnim konvencijama

Konvencija o statusu izbjeglica³⁵, krovna konvencija za zaštitu prava izbjeglica, djecu koja traže status izbjeglice smatra članovima određene društvene skupine.³⁶ U smislu Konvencije, određena društvena skupina jest skupina osoba koje, osim rizika od progona, dijele zajedničke karakteristike ili koje društvo doživljava kao skupinu. Karakteristike skupine često će biti urođene, nepromjenjive ili koje su inače temeljne za identitet, svijest ili ostvarivanje nečijih ljudskih prava.³⁷ Visoki povjerenik za izbjeglice naglašava kako ta definicija uključuje karakteristike koje su povijesne, stoga se ne mogu mijenjati, a one koje, iako ih je moguće promijeniti, ne bi trebalo mijenjati jer su toliko usko povezane s identitetom osobe ili su izraz temeljnih ljudskih prava.³⁸ Konvencija svojim člankom 3. propisuje zabranu diskriminacije s obzirom na rasu, vjeru ili zemlju podrijetla, a člankom 4. pravo na vjeroispovijest. U članku 12. jamči pravo na osobni status izbjeglica, a u članku 22. pravo na javno obrazovanje.

³⁴ Akcijski plan za integraciju i uključivanje za razdoblje 2021.–2027., 6.

³⁵ UNHCR, Konvencija o statusu izbjeglica, 1951, UNTS 189, str. 137. U članku 5. jamči slobodu vjeroispovijesti, a u članku 12. uređuje osobni status. Sve države članice Europske unije ugovornice su Konvencije.

³⁶ Visoki povjerenik UN-a za izbjeglice, 2009. Smjernice u području međunarodne zaštite br. 8: Zahtjevi maloljetnika za azil, HCR/GIP/09/08.

³⁷ Vidi: UNHCR, 1990. The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, 6.

³⁸ Visoki povjerenik UN-a za izbjeglice, 2002. Smjernice u području međunarodne zaštite br. 2: Pripadnost određenoj društvenoj skupini, HCR/GIP/02/02, para 11.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP)³⁹ na snazi je u svim državama članicama Europske unije koje su je inkorporirale u svoj pravni sustav, a sadrži iscrpan popis građanskih i političkih prava, koja su dodatno teleološki interpretirana kroz jurisprudenciju Europskog suda za ljudska prava.⁴⁰ Za potporu prava djece migranata i očuvanje njihova identiteta osnovu daju članak 8. o pravu na poštivanje privatnog i obiteljskog života, članak 9. o slobodi mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti te članak 14. o zabrani diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rod, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druge okolnosti.⁴¹

Rad poseban naglasak stavlja na Konvenciju o pravima djeteta, u kojoj je niz odredbi primjenjivih za situacije zaštite identiteta djece migranata. Ona već uvodno u svojem članku 2. uređuje kako će države ugovornice poštivati i osigurati svakom djetetu prava iz Konvencije, bez ikakve diskriminacije prema djetetu, njegovim roditeljima ili zakonskim skrbnicima glede njihove rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnoga, etničkoga ili socijalnog podrijetla, imovine, teškoća u razvoju, obiteljskog podrijetla ili kakve druge okolnosti.⁴² Njega slijedi članak 3. o načelu najboljeg interesa djeteta u svim postupcima koji se provode u svezi s djecom.⁴³ Članak 8. jamči pravo na osobni identitet djeteta,⁴⁴ a članak 14. pravo djeteta na slobodu misli, savjesti i vjere.⁴⁵ Odredbe su u odnosu na djecu migrante dodatno ojačane člankom 22., koji obvezuje države na poduzimanje svih prikladnih mjera kako bi dijete koje traži izbjeglički status ili koje ima status izbjeglice, bilo ono bez pratnje ili u pratnji, primilo primjerenu zaštitu i humanitarnu pomoć, te člankom 27., kojim države ugovornice obvezuje da

³⁹ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda [1950] ETS br. 005., NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

⁴⁰ Gerards, Janneke, 2019. *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 1-30.

⁴¹ Kilkelly, Ursula, ur. 1999. *The Child in the European Convention on Human Rights*, London/New York: Routledge, 214-238.

⁴² Abramson, Bruce, 2008. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 2: The Right of Non-Discrimination, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 2, Leiden: Brill | Nijhoff, 15-126.

⁴³ Freeman, Michael, 2007. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 3, Leiden: Brill | Nijhoff, 25-74.

⁴⁴ Doek, Jaap, 2006. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 8-9: The Right to Preservation of Identity and The Right Not to Be Separated from His or Her Parents. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 8-9, Leiden: Brill | Nijhoff, 7-13.

⁴⁵ Brems, Eva, 2005. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 14: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 14, Leiden: Brill | Nijhoff, 7-39.

svakom djetetu priznaju pravo na životni standard primjeren njegovu tjelesnom, duševnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvoju.⁴⁶ Konačno, članak 29., koji jamči pravo na obrazovanje, izričito navodi kako je obrazovanje potrebno usmjeriti na poticanje poštivanja djetetovih roditelja, njegova kulturnog identiteta, jezika i vrednota, nacionalnih vrednota zemlje u kojoj dijete živi i zemlje iz koje potječe te poštivanje civilizacija koje se od njega razlikuju, dok u članku 30. štiti pravo djece pripadnika manjina ili starosjedilačkih naroda da uživaju svoju kulturu, ispovijedaju svoju vjeru i obavljaju vjerske obrede ili koriste svoj jezik.⁴⁷ EU Agenda za djecu identificira Konvenciju o pravima djeteta kao glavni stup okvira za zaštitu prava djece u Europskoj uniji. Izričito referiranje zakonodavstva Europske unije na taj instrument veoma je važno jer potvrđuje spremnost Europske unije da, oslanjajući se na njega, na puno izravniji i dalekosežniji način dopuni prilično nejasne reference na prava djeteta u Ugovorima.⁴⁸ Nedvojbeno je da su Konvencija o pravima djeteta i pripadajuće smjernice UN-ova Odbora za prava djeteta vrijedan vodič u tumačenju i provedbi ključnih odredbi i načela u područjima djelovanja dječjih prava Europske unije i važan izvor u oblikovanju novih zakonodavnih i političkih inicijativa.⁴⁹

Sud Europske unije u predmetu *Europski parlament protiv Vijeća Europske unije* iz 2006. godine potvrđuje kako Konvencija o pravima djeteta treba biti primarna referenca u procjeni usklađenosti prava Europske unije s temeljnim pravima djece.⁵⁰ Za sada je Sud Europske unije samo u predmetu *Dynamic Medien GmbH Vides Media AG* izravno primijenio Konvenciju u pravima djeteta, prilikom čega je odlučio kako njemačke oznake na uvezenim DVD-ima i kasetama predstavljaju zakonito ograničenje odredbi slobodi kretanja dobara u Europskoj uniji, s obzirom na to da je njihova svrha zaštita dobrobiti djeteta. Svoju odluku podupro je pozivanjem na članak 17. Konvencije o pravima djeteta.⁵¹ U drugim se slučajevima za sada samo pozivao na opća načela prava djece iz Konvencije o pravima djeteta, i to ponajviše u kontekstu predmeta prekogranične otmice djeteta.⁵² Ipak,

⁴⁶ Eide, Asbjørn, 2006. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 27: The Right to an Adequate Standard of Living, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 27, Leiden: Brill | Nijhoff, 15-44.

⁴⁷ Nunes, Rita, 2017. Protection of Internally Displaced Children and the Guiding Principles of Internally Displaced Persons, u: *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead* (Liefwaard, Ton i Sloth-Nielsen, Julia ur.), Leiden/Boston: Brill | Nijhoff, 2017., 414-433.

⁴⁸ Stalford 2014, 32.

⁴⁹ Stalford 2014., 35.

⁵⁰ C-540/03 *Europski parlament protiv Vijeća Europske unije*, 2006, ECLI:EU:C:2006:429, para 37.

⁵¹ C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH protiv Avides Media*, 2008, ECLI:EU:C:2008:85.

⁵² Pravo na koje se većinom pozivao u tim slučajevima je pravo na saslušanje djeteta te na najbolji interes djeteta. Vidi predmet: C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga protiv Simone Pelz*, 2010, ECLI:EU:C:2010:828. Vidi više: Župan, Mirela i Drventić, Martina, 2019. Prekogranične građanskopravne otmice djece, u: *Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji*, Osijek: Pravni fakultet Osijek, 2019., 345-379.

u odnosu na osjetljiva područja kao što je kontrola imigracije, Sud Europske unije prilično je oprezan u davanju snage odredbama Konvencije o pravima djeteta, što će biti prikazano u nastavku rada.

U odnosu na postupanja Europskog suda za ljudska prava, članak 53. EKLJP-a propisuje da se prava iz EKLJP-a moraju tumačiti u skladu s drugim međunarodnim obvezama država potpisnica za ljudska prava, što uključuje i Konvenciju o pravima djeteta. Za razliku od Suda Europske unije, Europski sud za ljudska prava ima širu nadležnost nad dječjim pravima, tako se i češće poziva na odredbe Konvencije o pravima djeteta prilikom odlučivanja u predmetima po zahtjevima koje su podnijela djeca ili koji se podnose u ime djece. Ipak, kroz praksu izostaje sistematiziranost jer se u nekim predmetima pristup Europskog suda za ljudska prava - razlikuje od pristupa koji zagovara Konvencija o pravima djeteta, dok se pak u nekim predmetima Europski sud za ljudska prava izričito oslanja na Konvenciju.⁵³

Cilj ovog rada jest procijeniti primjenjuju li oba europska suda, koja za to imaju osnovu, u svojoj praksi navedene odredbe međunarodnih konvencija, posebice Konvencije o pravima djeteta u predmetima u kojima se propituje identitet djece migranata.

3. Pitanja dobi i maloljetničkih brakova kao aspekata osobnog identiteta u praksi europskih sudova

3.1. Dob

Činjenica bivanja maloljetnikom dio je osobnog statusa djeteta. Prema unificiranoj definiciji zakonodavstva Europske unije, maloljetnik je državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva mlađa od 18 godina.⁵⁴ Biti dijete izravno je relevantno za nečiji identitet, kako u očima društva, tako i iz perspektive pojedinanog djeteta. Mnoge vladine politike temelje se na dobi ili su povezane s godinama, kao što su dob za vojnu obvezu, dob za spolni pristanak, dob za stupanje u brak ili dob za početak i napuštanje škole. Djeca također dijele mnoštvo općih karakteristika, kao što su nevinost, relativna nezrelost, dojmljivost i razvijajuće se sposobnosti.⁵⁵

⁵³ Vidi: *Maslov protiv Austrije*, Zahtjev br. 1638/03, 23. lipnja 2008.; Agencija Europske unije za temeljna prava i Vijeće Europe, 2015. *Priručnik o pravima djeteta u europskom pravu*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child_hr.pdf, 30.

⁵⁴ Direktiva o kvalifikaciji, članak 2. točka k).

⁵⁵ Visoki povjerenik UN-a za izbjeglice, 2009. Smjernice u području međunarodne zaštite br. 8: Zahtjevi maloljetnika za azil, HCR/GIP/09/08.

Dokaz o maloljetništvu ključan je preduvjet za ostvarivanje zaštite djece migranata. Pravilna procjena dobi djeteta važna je kako bi se osigurala zaštita djeteta koja mu je potreba, ali i kako bi se preveniralo da se odrasli ne predstavljaju kao maloljetnici. O utvrđivanju maloljetništva ovisi imenovanje zakonskog zastupnika koji će poduzimati radnje u maloljetnikovo ime, uključujući podnošenje zahtjeva i zastupanje u postupku za ostvarivanje međunarodne zaštite. Dokazano maloljetništvo preduvjet je i poduzimanja radnji za identificiranje i traženje članova obitelji; što u konačnici dovodi do prava na spajanje obitelji te određivanja koja će država biti odgovorna za odlučivanje o zahtjevu za međunarodnu zaštitu.⁵⁶

Praksa dva europska suda u pogledu dobi djece migranata dolazi u potpuno drugačijem izričaju. Europski sud za ljudska prava u svojoj se praksi dotiče standarda postupanja s maloljetnim migrantima prilikom zadržavanja i smještaja. U predmetu *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar protiv Malte*⁵⁷ Europski sud za ljudska prava određuje kako državu činjenica da je suočena s velikim brojem migranata ne oslobađa obaveze poštivanja najboljeg interesa maloljetnika bez pratnje.⁵⁸ U svojem se obrazloženju Europski sud za ljudska prava oslanja na odredbu iz članka 22. Konvencije o pravima djeteta i pri tome ističe kako, u postupcima koji uključuju maloljetnike, treba voditi računa o ranjivosti djeteta kao odlučujućem faktoru te djetetu dati prednost u postupcima razmatranja statusa imigranta. Ukazuje kako djeca imaju specifične potrebe koje su posebno povezane s njihovom dobi i nesamostalnošću, ali i sa statusom tražitelja azila.⁵⁹ Slično odlučuje i u predmetu *Darboe i Camara protiv Italije*⁶⁰, gdje jasno iskazuje svoj stav o propustu u procjeni dobi dva maloljetnika bez pratnje i nalaže talijanskoj vladi da prioritarno osigura da se djecu tretira kao maloljetnike te da ih se premjesti u primjereni smještaj za djecu.⁶¹ Sud u privremenoj mjeri odmah uvodno navodi kako je ranjivost djece dovela do toga da međunarodno pravo ljudskih prava, uključujući i Konvenciju

⁵⁶ Gornik, Barbara, 2018. At the Crossroads of Power Relations: the Convention of the Rights of the Child and Unaccompanied Minor Migrants, u: *Unaccompanied Children in European Migration and Asylum Practices. In Whose Best Interest?* (Sedmak, Mateja; Sauer, Birgit; Gornik, Barbara ur.), London, New York: Routledge Taylor&Francis, 2018., 16-37., 24. Vidi i: Dambour, Marie-Bénédicte, 2018. Surely not! Procedurally lawful age assessments in the UK, u: *Unaccompanied Children in European Migration and Asylum Practices. In Whose Best Interest?* (Sedmak, Mateja; Sauer, Birgit; Gornik, Barbara ur.), London, New York: Routledge Taylor&Francis, 2018., 155-183.

⁵⁷ *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar protiv Malte*, Zahtjevi br. 25794/13 i 28151/13, 22. studeni 2016.

⁵⁸ Mgebrishvili, Ana, 2020. Unaccompanied Migrant Children – their Rights and the Challenge for the State, *Levan Alexidze Journal of International Law*, 1, Tbilisi, 197.

⁵⁹ *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar protiv Malte*, para 103.

⁶⁰ *Ousainou Darboe i Moussa Camara protiv Italije*, Zahtjev br. 5797/17, 18. siječnja 2017.

⁶¹ Vidi: Aviat, Mona, 2019. Testing for Migrants' Age Assessment: Evaluation of the European Practice Pursuant to the Standard of Proof Set by Union Law and the Supervisory Bodies of the Council of Europe, *Amsterdam Law Forum*, 42, Amsterdam, 46.

o pravima djeteta, dodijeli djetetu poseban status. Pri tome se poziva na njezin članak 3. o najboljem interesu djeteta. Europski sud za ljudska prava ističe djecu koja traže azil kao izričito ranjivu prema članku 22. Konvencije o pravima djeteta. Podsjeća i na članak 27., prema kojem države ugovornice moraju poštivati pravo djece na standard primjeren njihovu tjelesnom, mentalnom, duhovnom, moralnom i socijalnom razvoju.⁶² U svojim odlukama Europski sud za ljudska prava dosljedan je ukazivanju potrebe adekvatne zaštite maloljetnih migranata bez pratnje potkrepljujući u pravilu svoje stavove člankom 22. Konvencije o pravima djeteta o potrebi poduzimanja prikladnih mjera za zaštitu djece izbjeglica ili djece koja traže izbjeglički status. Svojim postupanjem u predmetu *Darboe i Camara protiv Italije*, gdje izriče privremenu mjeru, potvrđuje i svoju spremnost na aktivno djelovanje.

Praksa Suda Europske unije, u usporedbi s praksom Europskog suda za ljudska prava, ne utvrđuje standarde za postupanje s djecom migrantima. Praksa se u tim slučajevima odnosi na tumačenje trenutka postizanja punoljetnosti u postupku spajanja obitelji te stav glede toga može li maloljetništvo djeteta o čijem se interesu ne odlučuje odvojeno od roditelja biti odlučujuće za tzv. dublinski transfer. U najrecentnijoj praksi pojavljuje se i pitanje diskriminacije maloljetnika bez pratnje u postupku vraćanja na temelju dobi.

U predmetu *A. i S. protiv Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*⁶³ Sud Europske unije daje svoje tumačenje u predmetu u kojem je obitelji iz Eritreje odbijen zahtjev za spajanje sa kćeri jer je punoljetna, iako je maloljetna i bez pratnje stigla u Nizozemsku i tamo podnijela zahtjev za azil. U predmetu je sporno treba li kći u postupku spajanja obitelji i dalje smatrati maloljetnikom bez pratnje, što je bila u trenutku predaje zahtjeva za azil. Sud Europske unije odlučuje u korist zaštite prava maloljetnika bez pratnje.⁶⁴ Izriče da pravo na spajanje obitelji iz članka 10. stavka 3. točke (a) Direktive o spajanju obitelji ne može ovisiti o trenutku u kojem nadležno nacionalno tijelo formalno donosi odluku kojom se sponzoru priznaje status izbjeglice.⁶⁵ Pojašnjava kako je status prema kojem se utvrđuje pravo maloljetnika na spajanje s obitelji onaj u trenutku predaje zahtjeva za azil te kako suprotno postupanje može dovesti do neujednačenosti prava maloljetnika, s obzirom na to da se postupci obrade zahtjeva za azil razlikuju u državama članica-

⁶² *Ousainou Darboe i Moussa Camara protiv Italije*, para 25.

⁶³ C-550/16 *A and S protiv Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2018., ECLI:EU:C:2018:248.

⁶⁴ Vidi: Mets, Karen, 2021. The fundamental rights of unaccompanied minors in EU asylum law: a dubious trade-off between control and protection, *ERA Forum*, 21, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 635.

⁶⁵ *A and S protiv Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, para. 60–63. Vidi: Delinčáková, Martina, 2018. The Best Interests of the Refugee Child and Their Right to Family Reunification in Europe, *European Studies - the Review of European Law, Economics and Politics*, 5, Alphen aan den Rijn, 234.

ma.⁶⁶ Ranjivi položaj maloljetnika bez pratnje u tom slučaju opravdava što Sud Europske unije inzistira na jedinstvenom i autonomnom tumačenju prava Europske unije. Na taj način postiže se njegovo autonomno i ujednačeno tumačenje diljem cijele Europske unije, bez obzira na razlike u pravu i praksi država članica.⁶⁷ Tumačenje sekundarnog zakonodavstva Europske unije stoga je u tom slučaju bilo dostatno da se zaštite prava djeteta migranta, pri čemu je Sud Europske unije obrazloženo potkrijepio člankom 24. stavkom 2. Povelje o temeljnim pravima.⁶⁸

U predmetu *M.A. i dr. protiv The International Protection Appeals Tribunal i dr.*⁶⁹ stranke u postupku, državljani treće države, tražile su od irskih nadležnih tijela da maloljetništvo djeteta bude odlučno prilikom određivanja države odgovorne za odlučivanje o zahtjevu za međunarodnu zaštitu.⁷⁰ Irska nadležna tijela odbila su im zahtjev te su ga prosljedila Ujedinjenoj Kraljevini smatrajući kako je ona odgovorna za donošenje odluke na temelju Uredbe Dublin III. Stranke su se protivile takvoj odluci i pozivale su se na zdravstvene probleme M.A. i na činjenicu kako je i njihovo dijete zbog zdravstvenih problema na promatranju u zdravstvenim ustanovama u Irskoj.⁷¹ Jedno od prethodnih pitanja irskog suda ticalo se toga treba li najbolji interes djeteta smatrati polazišnom točkom za razmatranje treba li provesti transfer. Sud Europske unije obrazložio je kako iz teksta članka 20. stavka 3. Uredbe Dublin III jasno proizlazi da djetetov položaj treba razmatrati odvojeno od položaja njegovih roditelja samo u slučaju ako se utvrdi da takvo zajedničko razmatranje njegova položaja s položajem djetetovih roditelja nije u najboljem interesu tog djeteta. Zauzeo je stav kako se odredba treba tumačiti tako da je u slučaju nepostojanja protivnog dokaza u najboljem interesu djeteta potrebno razmatrati njegov položaj nerazdvojivo od položaja roditelja.⁷² Sud Europske unije u pravni okvir predmeta svrstava Konvenciju o statusu izbjeglica i Protokol o statusu izbjeglica. Konvenciju o pravima djeteta u predmetu spominje samo kroz pravni okvir, i to neizravno kroz Uredbu Dublin III koja se poziva na njezin

⁶⁶ Duić 2019, 144.

⁶⁷ Thym, Daniel, 2019. A Bird's Eye View on ECJ Judgments on Immigration, Asylum and Border Control Cases, *European Journal of Migration and Law*, 21, Leiden, 178.

⁶⁸ C-550/16 *A and S protiv Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, para 58.

⁶⁹ C-661/17 *M.A. i dr. protiv The International Protection Appeals Tribunal i dr.*, 2019, ECLI:EU:C:2019:53.

⁷⁰ O Uredbi Dublin III u kontekstu zaštite ljudskih prava, vidi: McCloskey, Bernard. 2017. Third-country refugees: The Dublin regulation/Article 8 ECHR interface and judicial remedies. *International Journal of Refugee Law*, 4, Oxford, 641-654.; Lenart, Joanna. 2012. Fortress Europe: Compliance of the Dublin II Regulation with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, 75, Utrecht, 4-19.

⁷¹ O diskrecijskim klauzulama iz članka 17. Uredbe Dublin III, vidi: UNHCR, 2017. Left in Limbo UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation, <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2017/oct/unhcr-left-in-limbo-study-implementation-dublin-regulation-report.pdf>, 115-132.

⁷² *M.A. i dr. protiv The International Protection Appeals Tribunal i dr.*, para 88-90.

članak 3. u svojem recitalu. Ipak, kroz cijeli predmet propitkuje najbolji interes djeteta, ali kroz odredbe sekundarnog zakonodavstva Europske unije. Predmet pokazuje kako činjenica bivanja maloljetnikom ne znači samo po sebi povoljnije postupanje u slučajevima kada se o interesu djeteta odlučuje zajedno s njegovim roditeljem. Ta činjenica nudi se i kao odgovor na pitanje zašto u tom predmetu Sud Europske unije nije propitkiwao prava djeteta izvan prizme europskog imigracijskog prava i prava azila.

U predmetu *TQ protiv Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*⁷³ Sud Europske unije dao je tumačenje o diskriminaciji na temelju dobi maloljetnika bez pratnje u postupku vraćanja. Djevojka TQ rođena je u Gvineji, odrasla je u Siera Leoneu, a u Europu je došla kada je imala 16 godina. Nizozemska tijela odbila su joj izdati dozvolu privremenog boravka i naložila su joj obvezu odlaska iz države u roku od četiri tjedna. TQ je isticala kako ne zna gdje joj žive roditelji, kako ne poznaje nijednog drugog člana svoje obitelji i kako se ne može vratiti u zemlju svojeg podrijetla jer u njoj nije odrasla, ondje nikoga ne poznaje i ne govori jezik te zemlje. Direktiva o vraćanju propisuje obvezu država članica da se, prije udaljavanja maloljetnika bez pratnje s državnog područja države članice, uvjere da on ili ona trebaju biti vraćeni članu njegove ili njezine obitelji, imenovanom skrbniku ili odgovarajućoj prihvatnoj ustanovi u državi povratka.⁷⁴ Međutim, nizozemsko pravo, u slučaju povratka maloljetnika bez pratnje mlađeg od 15 godina, predviđa istraga o postojanju odgovarajućeg prihvata u državi članici, dok se u slučaju maloljetnika starijeg od 15 godina takva istraga ne provodi. Sud Europske unije tumači kako kriterij dobi ne može biti jedini čimbenik koji treba uzeti u obzir radi provjere postojanja odgovarajućeg prihvata u državi povratka. Ukazuje i kako predmetna država članica mora u okviru opće i sveobuhvatne ocjene od slučaja do slučaja ocijeniti situaciju maloljetnika bez pratnje, a ne provesti automatsku ocjenu jedino s obzirom na kriterij dobi. I u tom predmetu Sud Europske unije poziva se samo na zakonodavstvo Europske unije. Međutim, Direktiva o vraćanju izričito se poziva na Konvenciju o pravima djeteta i obvezu postupanja u najboljem interesu djeteta te na pravo na obiteljski život iz EKLJP-a. Na taj način odredbe Konvencije o pravima djeteta i EKLJP-a neizravno se uzimaju u obzir, a u duhu tih odredba jest i konačna odluka suda u predmetu.

U predmetima vezanim za posebnu ranjivost djeteta zbog dobi te za ostvarivanje posebnih prava iz postupaka azila analiza je potvrdila kako se Europski sud

⁷³ C441/19 *TQ protiv Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, 2021, ECLI:EU:C:2021:9.

⁷⁴ Direktiva o vraćanju, članak 10. stavak 2. Majcher, Izabella, 2020. *The European Union Returns Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law. Analysis of Return Decision, Entry Ban, Detention, and Removal*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 190.

za ljudska prava poziva na odredbe Konvencije o pravima djeteta, i to na članak 22. i članak 27. Europski sud za ljudska prava u predmetima izrijeком ne spominje identitet djeteta, ali neupitno je kako je njegovo isticanje potrebe za posebnom zaštitom djece migranata izravno povezano s njihovom ranjivosti zbog dobi. Praksa Suda Europske unije poziva se samo na zakonodavstvo Europske unije, pri tome uzimajući u obzir Povelju o temeljnim pravima. Ipak, u njima najbolji interes djeteta ne ostaje nezaštićen, i to tako što Sud Europske unije određenim pojmovima daje euroautonomno tumačenje ili se poziva na odredbe sekundarnog zakonodavstva koje štite najbolji interes djeteta, a koje su izrekom temeljene na Konvenciji o pravima djeteta.

4. Maloljetnički brakovi

U pitanjima migracija maloljetnički brakovi često izazivaju i zaslužuju veliku pozornost. Osjetljivost situacije proizlazi iz dva suprotstavljena aspekta maloljetničkih brakova.⁷⁵ Prvi proizlazi iz pretpostavke da brak nije sklopljen prisilno, a drugi iz pretpostavke da je brak sklopljen prisilno i da je dijete u njemu nesretno, moguće viktimizirano ili u potrebi za hitnom zaštitom.⁷⁶ U pojedinim društvima maloljetnički je brak tradicija za koju se vjeruje da promiče najbolji interes obitelji, društva i u konačnici najbolji interes djeteta.⁷⁷ Razlike u regulativi dobne granice za brak mogu postojati i unutar države s obzirom na vjersku ili plemensku pripadnost, s obzirom na to da se na pitanja obiteljskog prava može primjenjivati i religijsko pravo, primjerice sunitski islam ili hinduističko pravo.⁷⁸ Jedan od glavnih razloga sklapanja maloljetničkih brakova jest ekonomski. Siromašne obitelji od rane dobi motiviraju svoje kćeri na ranu udaju. Poznati su primjeri situacija u kojima siromašne obitelji udajom svoje kćeri osiguravaju njezino financijsko zbrinjavanje te u zamjenu za udaju kćeri prime novac ili drugo materijalno dobro.⁷⁹ Čest razlog

⁷⁵ Vidi: Lambertz, Göran, 2016. Child Marriages and the Law - with Special Reference to Swedish Developments, u: *The Child's Interests in Conflict. The Child's Interests in Conflict Addresses the Conflicting Demands on Children from Minority Groups or Children Born to Parents of Different Cultural or Faith Backgrounds* (Jänterä-Jareborg, Maarit ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 2016., 85-110.

⁷⁶ De Vido, Sara, 2019. Against a Girl's Will: Child Marriages, Immigration and the Directive on Family Reunification, u: *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families* (Bergamini, Elisabetta; Ragni, Chiara ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 2019., 121-125.

⁷⁷ Jänterä-Jareborg, Maarit. 2016. *The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture. u: The Child's Interests in Conflict: The Intersections between Society, Family, Faith and Culture* (Jänterä-Jareborg, Maarit ur.) Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 22.

⁷⁸ Dethloff, Nina, 2018. Child Brides on The Move: Legal Responses to Culture Clashes, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 3, Oxford, 304.

⁷⁹ Gaffney-Rhys, Ruth, 2011. International law as an instrument to combat child marriage, *The International Journal of Human Rights*, 3, London, 360.

maloljetničkih brakova jest i zaštita djevojčica od seksualne izloženosti. U nekim se državama djevojka koja nije udana do kasne adolescencije smatra sramotom i neuspjehom obitelji.⁸⁰ Razlozi sklapanja maloljetničkog braka različiti su, a granica između prisile i pristanka na takav brak ponekad je tanka i ne tako jasna.

S aspekta politike i azila i useljavanja, odbijanje priznanja maloljetničkog braka u državi članici Europske unije može utjecati na pravne posljedice za dijete u pitanju. Može utjecati na ostvarivanje prava vezanih uz spajanje obitelji, ishođenje viza ili dozvola boravka, dublinskog transfera.

Još je 1986. u predmetu *Khan protiv Ujedinjene Kraljevine*⁸¹ Europski sud za ljudska prava izrazio strog stav glede maloljetničkog braka sklopljenog u islamskoj ceremoniji između 21-godišnjeg mladića muslimanske vjeroispovijesti i 14-godišnje djevojke. Iako je djevojka svojevrijedno napustila dom uz pomoć mladića, on je optužen za otmicu djevojke te spolni odnos s djevojkom mlađom od 16 godina. Mladić je tvrdio kako je spriječen prakticirati svoju vjeru kroz islamski brak, što je u suprotnosti s člankom 9. EKLJP-a, te kako je bio spriječen prakticirati svoj brak i osnovati obitelj, što je u suprotnosti s člankom 12. Tvrdio je kako ga je sud diskriminirao time što nije u obzir uzeo njegovu religiju po kojoj je brak bio zakonit. Europski sud za ljudska prava zauzeo je strog stav smatrajući kako je nametanje minimalne dobi za sklapanje braka u skladu s člankom 12. EKLJP-a te kako se brak zapravo ne može smatrati jednostavnim izražavanjem misli, svijesti ili religije. Europski sud za ljudska prava u odluci, nažalost, nije ulazio u obrazlaganje prava maloljetne djevojke.⁸²

Sud Europske unije neizravno je odlučivao o pitanju maloljetničkih brakova migranata u smislu prava na spajanje obitelji, točnije odredbe koja državama članicama omogućuje da, radi osiguranja bolje integracije i sprječavanja prisilnih brakova, traže od sponzora i njegova supružnika da budu određene minimalne dobi, najviše 21 godinu, prije nego što im se supružnik može pridružiti.⁸³ U predmetu *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*⁸⁴ austrijska tijela odbila su afganistanskoj državljanki zahtjev za boravišnu dozvolu radi spajanja obitelji s njezinim suprugom, također afganistanskim državljaninom. Zahtjev su odbila jer suprug na dan podnošenja zahtjeva veleposlanstvu Austrije u Islamabadu još nije navršio 21 godinu, čime nije ispunio zahtjev za spajanje. Pred Sudom Europske unije našlo se pitanje tumačenja činjenice

⁸⁰ Jensen, Robert; Thornton, Rebecca, 2003. Early Female Marriage in the Developing World, *Gender and Development*, 11:2, London, 14.

⁸¹ *Janis Khan protiv Ujedinjene Kraljevine*, Zahtjev br. 11579/85 od 7. srpnja 1986.

⁸² Fenton-Glynn, Claire, 2021. *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 36.

⁸³ Direktiva o spajanju obitelji, članak 4. stavak 5. Vidi: Friedery, Réka, 2017. Developments in family reunification cases before the CJEU, *Bratislava Law Review*, 2, Bratislava, 6-17. i Council of Europe, Commissioner for Human Rights, 2017. *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, <https://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/175147/175147.pdf>.

⁸⁴ C-338/13, *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*, 2014., ECLI:EU:C:2014:2092.

od kojeg se trenutka treba smatrati da je postignuta granica minimalne dobi od 21 godine koju ta odredba propisuje. Sud Europske unije pojasnio je kako mjera iz Direktive o vraćanju odgovara dobi za koju se smatra da odgovara dobi u kojoj je osoba dosegla dostatnu zrelost ne samo da odbije nametnuti brak nego da također može svojevrsno odabrati da se nastani u drugoj zemlji sa supružnikom kako bi tamo s njim vodila obiteljski život te se tamo integrirala. Konačno, odlučuje kako takva mjera ne sprječava izvršenje prava na spajanje obitelji niti ga pretjerano otežava.⁸⁵

Šire tumačenje pronalazi se u mišljenju nezavisnog odvjetnika Mengozzija⁸⁶, koji je stava kako propisivanje dobne granice za dopuštanje spajanja obitelji ima izravan učinak na ostvarivanje prava na spajanje obitelji od strane obitelji mladih supružnika čiji je brak iskren i neprisilan. Smatra kako odredba nacionalnog prava koja, bez razlike i bez individualizirane analize, ostvarivanje prava na spajanje obitelji podvrgava dosezanju određene dobne granice sprječava ostvarivanje tog prava onima koji su brak sklopili iskreno i bez prisile, ali još nisu dosegli propisanu dob.⁸⁷

U predmetu *Noorzia* Sud Europske unije odlučuje se za stroži pristup i tako odstupa od Mišljenja nezavisnog odvjetnika te od Smjernica Europske komisije za primjenu Direktive o spajanju obitelji,⁸⁸ ali i od svoje ranije prakse u predmetima spajanja obitelji.⁸⁹ Sud daje svoju doslovnu interpretaciju odredbi i pri tome je analizira samo u svjetlu sprječavanja prisilnih brakova ne uzimajući u obzir drugi cilj odredbe koji je „bolja integracija“.⁹⁰ U ovom slučaju Sud Europske unije nije propitkivao prava djeteta. Jedan od razloga tome može biti činjenica da je u predmetu odlučivao o tada već punoljetnim osobama. Takva odluka ostavlja prostor za nagađanje o tumačenju najboljeg interesa djeteta u okolnostima kao što su u tom predmetu.⁹¹ U zahtjevu za

⁸⁵ *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*, para 15 i 16.

⁸⁶ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Mengozzi u predmetu C-338/13, *Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*, 30. travnja 2014., ECLI:EU:C:2014:288.

⁸⁷ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Mengozzi, para. 42. Isti stav zauzela je i Europska komisija u smjernicama za primjenu Direktive 2003/86/EZ gdje navodi kako pokaže li se pojedinačnim ocjenjivanjem da obrazloženje za članak 4. stavak 5., odnosno osiguranje bolje integracije i sprječavanje prisilnih brakova nije primjenjivo, države članice tada moraju razmotriti mogućnost da naprave iznimku čime će omogućiti spajanje obitelji u predmetima u kojima nije ispunjen uvjet u pogledu najniže životne dobi. Na primjer, kad je iz pojedinačnog procjenjivanja jasno da nema zlostavljanja, kao u slučaju kad postoji zajedničko dijete. Europska komisija, *Komunikacija Komisije Vijeću i Europskom parlamentu o smjernicama za primjenu Direktive 2003/86/EZ o pravu na spajanje obitelji*, COM/2014/0210 final, točka 2.3. (3).

⁸⁸ *Komunikacija Komisije Vijeću i Europskom parlamentu o smjernicama za primjenu Direktive 2003/86/EZ o pravu na spajanje obitelji*, COM/2014/0210 final, točka 2.3. (3).

⁸⁹ Vidi: C578/08 *Rhimou Chakroun v Minister van Buitenlandse Zaken*, 2010, ECLI:EU:C:2010:117.

⁹⁰ Milios, Georgios, 2015. Family Reunification for Third-Country Nationals: Minimum Age for Spouses, Integration Measures and the Application of the Individual Assessment. Comments on *Noorzia* and *Dogan*, *European Journal of Migration and Law*, 17, Leiden, 130.

⁹¹ Nicolosi, Salvo, 2018. Shedding Light on the Protective Regime for Unaccompanied Minors Under the Family Reunification Directive: The Case of A and S, *European Papers. A Journal of Law and Integration*, 3, Rome, 1500.

spajanje obitelji koji bi se mogao odnositi na djecu strogo poštivanje dobnog zahtjeva moguće ne bi bilo i u skladu s načelom najboljeg interesa djeteta.⁹²

Ubrzo nakon odluke Suda Europske unije u predmetu *Noorzia* pitanje prekograničnog priznanja maloljetničkih brakova našlo se pred Europskim sudom za ljudska prava.⁹³ U predmetu *Z.H. i R.H. protiv Švicarske*⁹⁴ prilikom podnošenja zahtjeva za azil švicarska tijela odbila su priznati religijski brak dvoje afganistanskih državljana koji su pri sklapanju braka imali 14, odnosno 18 godina. Švicarski sud obrazložio je odluku o nepriznanju time što je sukladno afganistanskom pravu zabranjen brak djevojčica mlađih od 15 godina te zato što je njihov brak suprotan švicarskom javnom poretku, gdje je spolni odnos s djetetom mlađim od 16 godina kazneno djelo.⁹⁵ Europski sud za ljudska prava u svojoj odluci tumači kako pravo na brak iz članka 12. EKLJP-a jasno navodi kako je sklapanje braka uređeno nacionalnim pravom te kako se radi o situacijama osjetljivih moralnih izbora i kako važnost treba biti dana zaštiti djece i održavanju sigurnog obiteljskog okruženja. Sud zaključuje kako ne treba brzati s donošenjem odluke koja će zamijeniti odluku nadležnih tijela koja su u mogućnosti najbolje ispitati i odgovoriti na potrebe društva. Sud je zaključio kako treba pronaći poštenu ravnotežu između osobnog interesa podnositelja zahtjeva s jedne strane te javnog interesa države da kontrolira migracije s druge strane.⁹⁶ Predmet ukazuje kako je moguće da se nacionalni sudovi nađu u situaciji u kojoj su suprotstavljeni pisani zakoni te običajno ili religijsko pravo. Sudovi se u tim situacijama doista nalaze u poziciji u kojoj imaju interpretativne dvojbe glede kulturnih razlika. U navedenom slučaju Europski sud za ljudska prava jasno daje do znanja kako ipak sva kulturna prava stranih državljana ne mogu biti poštovana niti biti predmet zaštite u Europi, posebice ako se radi o običajnom pravu države podrijetla koje nema svoj ekvivalent u Europi.⁹⁷ Iako sud u predmetu ističe potrebu zaštite prava djeteta u kontekstu članka 12. EKLJP-a, ipak ne otvara pitanje primjenjuje li se načelo najboljeg interesa djeteta na maloljetnu djevojku Z.H.

⁹² Klaassen, Mark; Rodrigues Peter, 2017. The Best Interests of the Child in EU Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24(2) Charter, *European Journal of Migration and Law*, 19, Leiden, 201.

⁹³ Ranije je Europski sud za ljudska prava odlučivao o priznavanju učinaka religijskih brakova u predmetima *X protiv Njemačke*, Zahtjev br. 6167/73 od 18. prosinca 1974. i *Serife Yigit protiv Turske*, Zahtjev br. 3976/05 od 2. studenog 2005., u kojima je odlučeno kako države ugovornice nisu u obvezi priznati religijski brak koji je sklopljen isključivo u religijskom obredu koji su stranke izabrale, bez ispunjavanja pretpostavki koje predviđa nacionalno pravo.

⁹⁴ *Z.H. i R.H. protiv Švicarske*, Zahtjev br. 60119/12, 8. prosinca 2015.

⁹⁵ Vidi: Dawidowicz, Martin, 2010. The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation, u: *The Law of International Responsibility* (Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon; Parlett, Kate ur.) Oxford Commentaries on International Law, Oxford: Oxford University Press, 2010., 678.

⁹⁶ *Z.H. i R.H. protiv Švicarske*, para. 44. i 46.

⁹⁷ Kosińska, Anna Magdalena, 2019. *Cultural Rights of Third-Country Nationals in EU Law*, London: Palgrave Macmillan, 88.

Iz analize navedenih predmeta te iz postojećeg zakonodavstva Europske unije i *soft law* dokumenata proizlazi da je prvotni fokus Suda Europske unije pitanje određivanja statusa djece migranata, koji je temelj za ostvarivanje njihovih prava. Pitanja identiteta koja su posebno naglašena u Konvenciji o pravima djeteta Sud Europske unije ne stavlja u fokus svojih presuda, iako bi to bilo preporučljivo na temelju Povelje o temeljnim pravima kojom je propisano da Europska unija mora voditi računa o pravima djeteta, uključujući najbolji interes djeteta u svakom djelovanju koje se odnosi na djecu. Europski sud za ljudska prava u svojoj praksi vezanoj uz dob posvećuje znatno veću pažnju odredbama Konvencije o pravima djeteta, dok to ne čini u predmetima maloljetničkih brakova. U predmetima vezanim za maloljetničke brakove europski sudovi propuštaju primijeniti načelo najboljeg interesa djeteta. U njima daju jednostrano obrazloženje fokusirajući se na zabranu maloljetničkih brakova, a pri tome ne uspostavljaju ravnotežu s obrazloženjem potrebe zaštite prava i najboljeg interesa djeteta. Ne koriste ni priliku upozoriti na moguće nepovoljne pravne posljedice za dijete koje u postupcima imigracije i azila može prouzročiti nepriznanje braka.

5. Pitanja kulturnog identiteta u praksi europskih sudova

Poštivanje kulturnog identiteta izbjeglice ključno je u integraciji izbjeglica. Pojedinaac stječe svoj kulturni identitet sudjelovanjem u više zajednica, koje može obilježavati ista nacionalnost, rasa, obitelj, religija, spol i dr.⁹⁸ UNESCO definira kulturu kao osebujne duhovne, materijalne, intelektualne i emocionalne značajke društva ili društvene skupine te ona, uz umjetnost, književnost i način života, obuhvaća i sustav vrijednosti, tradicije i vjerovanja.⁹⁹ UN-ov Visoki povjerenik za izbjeglice integraciju definira kao dinamični višeznačni dvosmjerni proces koji zahtijeva napore svih uključenih dionika, uključujući spremnost na strani izbjeglica prilagoditi se društvu domaćinu bez potrebe odricanja od svojega kulturnog identiteta, i u skladu sa spremnosti društva domaćina i javnih institucija na prihvatanje izbjeglica i zadovoljenje potreba raznolikog stanovništva.¹⁰⁰

Autorice kao vodilju pri analizi kulturnog identiteta djece migranata uzimaju odredbe o pravu na obrazovanje. Promicanje poštivanja kulturnog identiteta djece u središtu je članka 29. Konvencije o pravima djeteta. Odredba određuje kako

⁹⁸ Mayer-Bisch, Patrice. 1993. L'Idée de Démocratie Culturelle – Note d'introduction a l'interprétation politique des drits culturels, u: *Les droits culturels. Une catégorie sous-développée de droits de l'homme* (Meyer-Bisch, Patrice, ur.) Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1993., 279-290.

⁹⁹ UNESCO, 2001. *Univerzalna deklaracija o kulturnoj raznolikosti*, 31 C/Resolutions + CORR., 171.

¹⁰⁰ UNHCR Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 2005. *Conclusion on Local Integration No. 104 (LVI) – 2005 Executive Committee 56th session*. Contained in United Nations General Assembly document A/AC.96/1021.

obrazovanje djeteta treba usmjeriti prema poticanju poštivanja djetetovih roditelja, njegova kulturnog identiteta, jezika i vrednota, nacionalnih vrednota zemlje u kojoj dijete živi i zemlje iz koje potječe te poštivanje civilizacija koje se od njega razlikuju. Važnost je te odredbe u tome što ona prepoznaje potrebu uravnoteženog pristupa obrazovanju i pristupa koji uspijeva pomiriti različite vrijednosti kroz dijalog i poštivanje različitosti. Djeca su u mogućnosti igrati jedinstvenu ulogu i premošćivati mnoge razlike koje su povijesno razdvajale skupine ljudi jedne od drugih.¹⁰¹

Isto tako, EKLJP u svojem Protokolu 1. u članku 2. povezuje obrazovanje s kulturnim identitetom uređujući kako će država u obavljanju svojih funkcija povezanih s odgojem i poučavanjem poštovati pravo roditelja da osiguraju odgoj i poučavanje u skladu sa svojim vjerskim i filozofskim uvjerenjima. Unatoč jasnim odredbama, praksa potvrđuje kako je veoma izazovno osigurati ravnotežu između djetetovih osobnih kulturnih vrijednosti s jedne strane i nacionalnih vrijednosti s druge strane, kada se one nađu u sukobu.¹⁰²

5.1. Kulturni identitet u Europskoj uniji

U ranom zakonodavstvu Europske unije, u Direktivi Vijeća od 25. srpnja 1977. o obrazovanju djece radnika migranata (1977/486/EEZ), propisuje se da će države članice poduzimati odgovarajuće mjere kako bi poticale, uz uobičajeno obrazovanje, poučavanje materinskog jezika i kulture zemlje podrijetla za djecu radnika državljana druge države.¹⁰³ Iz uvoda ovog instrumenta ipak je vidljivo kako su mjere za promicanje poučavanja materinskog jezika i kulture države porijekla djece radnika migranata uvedene uglavnom radi olakšavanja njihove moguće reintegracije u državu članicu porijekla.¹⁰⁴ Tek naknadno Povelja Europske unije o temeljnim pravima u članku 14. stavku 2. o pravu obrazovanja predviđa pravo roditelja da svojoj djeci osiguraju obrazovanje i poučavanje u skladu sa svojim vjerskim, filozofskim i pedagoškim uvjerenjima, koja se poštuju u skladu s nacionalnim zakonima.¹⁰⁵ Europska unija isti stav zauzima i u svojim *soft law* instrumentima. Vijeće u svojim *Zaključcima o obrazovanju djece migranata* navodi kako

¹⁰¹ UN-ov odbor za prava djeteta, 2001. *Opći komentar br. 1., Članak 29 (1), Ciljevi obrazovanja*, CRC/GC/2001/1.

¹⁰² Lundy, Laura; O'Lynn, Patricia, 2019. The Education Right of Children, u: *International Human Rights of Children* (Kilkelly, Ursula; Liefwaard, Ton, ur.), Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer, 2019., 267.

¹⁰³ Direktiva Vijeća od 25. srpnja 1977. o obrazovanju djece radnika migranata 1977/486/EEZ, 1977, SL L 199, članak 3.

¹⁰⁴ Guliyeva, Gulara, 2013. Education, Languages and Linguistic Minorities in the EU: Challenges and Perspectives, *European Law Journal*, 2, 221.

¹⁰⁵ Gori, Gisella, 2014. Article 14 – Right to Education, u: *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff; Ward, Angela ur.), Oxford: Hart Publishing, 2014., 444-465.

je kulturna raznolikost izvor vitalnosti i obogaćenja. Ističe kako u europskim školama treba promicati interkulturalno obrazovanje radi razmjene znanja i produbljivanja razumijevanja kultura te izgradnje međusobnog poštovanja i borbe protiv predrasuda.¹⁰⁶ U *Zelenoj knjizi o migracijama i mobilnosti* Komisija promiče politiku produbljivanja znanja o vlastitoj kulturi i kulturama drugih. Naglašava kako takvo interkulturalno obrazovanje ni na koji način ne treba oslabiti primarni fokus na identitet, vrijednosti i simbole zemlje domaćina. Komisija zaključuje kako takvo obrazovanje izgrađuje međusobno poštovanje, razvija razumijevanje negativnih učinaka predrasuda i stereotipa i njegovanje sposobnosti zauzimanja različitih stajališta istodobno povećavajući znanje i traženje poštivanja temeljnih vrijednosti i temeljnih prava društava domaćina.¹⁰⁷

Ti stavovi Europske unije o kulturnom identitetu djece migranata još nisu bili testirani pred Sudom Europske unije, ali analizom prakse Suda Europske unije razvidno je kako se pravo na kulturu općenito poima kao element politika Europske unije.¹⁰⁸ Ipak, odluke se većinom odnose na odnos unutarnjeg tržišta i kulture, gdje Sud Europske unije prepoznaje kulturu kao nacionalnu vrijednost, koja može ograničiti javni interes u smislu ograničenja slobode pružanja usluga.¹⁰⁹ Sud Europske unije u svojoj praksi kulturni pluralizam povezuje i s pravom na izražavanje mišljenja, koje predstavlja temeljno pravo zajamčeno pravnim poretком Zajednice.¹¹⁰ S praksom Europskog suda za ljudska prava, koja će biti prikazana u sljedećem poglavlju, analogijom se činjenično mogu povezati dvije odluke Suda Europske unije u kojima se odlučivalo o zabrani nošenja marame odraslih osoba,¹¹¹ u okviru Direktive Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja.¹¹² Sud Europske unije tada se prvi put susreo s pitanjem diskriminacije na temelju vjeroispovijesti i odlučio kako, s obzirom na interna pravila koja su univerzalna

¹⁰⁶ Zaključci Vijeća od 26. studenoga 2009. o obrazovanju djece migrantskog podrijetla, 2009, SL C 301, t. 3.

¹⁰⁷ Europska komisija, 2008. *Zelena knjiga – Migracije i mobilnost: izazovi i prilike za obrazovne sustave EU-a*, COM(2008) 423 final, 10-11.

¹⁰⁸ Skomerska-Muchowska, Izabela, 2017. Court of Justice of the European Union (CJEU), u: *Culture and Human Rights: The Wrocław Commentaries* (J. Wiesand, Andreas; Chainoglou, Kalliopi; Sledzinska-Simon, Anna, ur.), Berlin: De Gruyter, 123-124.

¹⁰⁹ Kyriakou, Tania, 2015. The Protection of National Treasures in the EU Single Market, u: *Cultural Governance and the European Union* (Psychogiopoulou, Evangelia ur.) Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer, 63-74. Vidi odluke: C-7/68 *Komisija Europskih zajednica protiv Talijanske Republike*, 1968., ECLI:EU:C:1968:51, C-227/82 *Leendert van Bennekom*, 1983, ECLI:EU:C:1983:354, C-155/82 *Komisija Europskih zajednica protiv Belgije*, 1983, ECLI:EU:C:1983:53.

¹¹⁰ C-23/93 *TV10 SA v Commissariaat voor de Media*, 1994, ECLI:EU:C:1994:362

¹¹¹ C157/15 *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding protiv G4S Secure Solutions NV* (2017) ECLI:EU:C:2017:203 i C188/15 *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) protiv Micropole Univers SA*, 2017, ECLI:EU:C:2017:204.

¹¹² Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja SL L 303, 2.12.2000.

za sve vjeroispovijesti, do diskriminacije nije došlo, ali kako ipak nije isključeno da interna pravila poslodavca mogu neizravno diskriminirati. Pri tome se pozdravlja stav Suda Europske unije u kojem naglašava kako prigovor stranke da ne želi surađivati s osobom koja nosi maramu ne smije biti osnova poslodavcu da zabrani radnici nošenje pokrivala za glavu ili da je otpusti odbije li skinuti maramu.¹¹³ Sa zadržkom se može zaključiti kako Sud Europske unije svojim odlukama ipak daje nešto veću snagu pravu podnositeljica zahtjeva na iskazivanje njihovih religijskih uvjerenja, ali ipak stav Suda Europske unije i dalje ne čini njihovu integraciju u europsko društvo olakšanom.¹¹⁴ Odluke otvaraju pitanje kakav bi stav Sud Europske unije zauzeo u sličnim okolnostima koje uključuju djecu i bi li pri tome prevagu dao instrumentima zaštite dječjih prava.

5.2. Kulturni identitet pred Europskim sudom za ljudska prava

Općenito je u pitanjima kulturnog identiteta Europski sud za ljudska prava kroz svoju praksu u predmetu *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹¹⁵ zauzeo stav kako su pluralizam, tolerancija i duh otvorenosti glavna obilježja „demokratskog društva”.¹¹⁶ U predmetu *Leyla Şahin protiv Turske*¹¹⁷ istaknuo je potrebu postizanja ravnoteže kojom se osigurava pravedno i ispravno postupanje prema članovima manjina i izbjegava zloupotreba dominantnog položaja.¹¹⁸ Kroz svoje obrazloženje u predmetu *İzzettin Doğan i drugi protiv Turske*¹¹⁹ naveo je kako je poštovanje vjerskih različitosti jedan od najvažnijih izazova s kojim se danas suočava te kako zato vlasti ne smiju gledati na vjersku različitost kao na prijetnju nego kao na izvor bogatstva.¹²⁰

Europski sud za ljudska prava odlučivao je i u predmetima vezanima za kulturni identitet djece migranata, posebice u kontekstu prava na vjeroispovijest iz članka 9. EKLJP-a. U predmetima *Dogru protiv Francuske*¹²¹ i *Kervanci protiv Francuske*¹²² odlu-

¹¹³ Howard, Erica, 2017. Islamic Headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3, Maastricht, 348-366.

¹¹⁴ De Pasqual, Laura. 2019/2020. Freedom of Religion in Multicultural Europe: The Achbita and Bougnaoui Cases, *Gonzaga Journal of International Law*, 2, Gonzaga, 309-330.

¹¹⁵ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Zahtjev br. 5493/72 od 7. prosinca 1976.

¹¹⁶ Vidi: Nieuwenhuis, Aernout, 2007. The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *European Constitutional Law Review*, 3, Cambridge, 367-384.

¹¹⁷ *Leyla Şahin protiv Turske*, Zahtjev br. 44774/98 od 10. studenog 2005.

¹¹⁸ *Leyla Şahin protiv Turske*, para 108.

¹¹⁹ *İzzettin Doğan i drugi protiv Turske*, Zahtjev br. 62649/10 od 26. travnja 2016.

¹²⁰ *İzzettin Doğan i drugi protiv Turske*, para 109. Vidi: Yıldır, Mine, 2020. Are Turkey's Restrictions on Freedom of Religion or Belief Permissible?, *Religion & Human Rights*, 1-2, Leiden, 172-191.

¹²¹ *Dogru protiv Francuske*, Zahtjev br. 27058/05 od 4. ožujka 2009.

¹²² *Kervanci protiv Francuske*, Zahtjev br. 31645/0 od 4. prosinca 2009.

čivao je o zahtjevima djevojaka kojima su francuske državne škole odbile dopustiti nošenje marama za glavu na nastavi tjelesne i zdravstvene kulture, pri čemu su zbog nepoštivanja obveze pohađanja nastave izbačene iz škole. Sud je u oba predmeta odlučio kako nije nerazumno smatrati da nošenje vela, primjerice islamske marame za glavu, nije prikladno za sportske aktivnosti iz zdravstvenih i sigurnosnih razloga te je odlučio kako su disciplinski postupci protiv podnositeljica zahtjeva u potpunosti ispunili obvezu uravnoteženja svih uključenih interesa. Uvodno je u predmetu *Dogru protiv Francuske* ponovio svoju raniju praksu i naveo kako se nošenje marame može smatrati „motiviranim ili nadahnutim religijom ili vjerskim uvjerenjem“¹²³. Ipak, njegova odluka nije išla u smjeru zaštite religijskih uvjerenja već je nakon provedene analize o primjerenosti državne intervencije utvrdio kako je intervencija države bila utemeljena na legitimnom cilju zaštite prava i sloboda drugih i zaštite javnog poretka.¹²⁴ Europski sud za ljudska prava nije dao tumačenje glede toga jesu li u navedenim slučajevima ograničene religijske slobode djevojčica niti se u svojim obrazloženjima poziva na Konvenciju o pravima djeteta. Obrazloženja su jednostrana, ne daju tumačenje glede toga zašto je ograničenje vjerske slobode nužno za očuvanje reda u školi već se isključivo oslanjaju na zaštitu sekularizma.¹²⁵

Takva praksa suda potvrđuje se i u predmetima *Gamaleddyn protiv Francuske*,¹²⁶ *Aktas protiv Francuske*,¹²⁷ *Ranjit Singh protiv Francuske*¹²⁸ i *Jasvir Singh protiv Francuske*¹²⁹, u kojima je učenicima državnih osnovnih i srednjih škola u Francuskoj izrečena zabrana nošenja „obilježja i odjeće kojima se nametljivo iskazuje vjerska pripadnost“, čemu je uslijedilo i njihovo izbacivanje jer su u prostorima škole nosili islamsku maramu za glavu ili turban ili mali turban, tzv. „keski“.¹³⁰ I u tim predmetima Europski sud za ljudska prava mjeru izbacivanja iz škole ne smatra nerazmjernom navodeći kako su uvjerenja podnositelja zahtjeva „u potpunosti uzeta u obzir“ u svjetlu legitimnog cilja zaštite prava i sloboda drugih i javnog poretka. U svim predmetima o religijskim obilježjima djece migranata Europski sud za ljudska prava zauzima daleko drugačiji stav od UN-ova Odbora za ljudska

¹²³ *Dogru protiv Francuske*, para 47.

¹²⁴ *Dogru protiv Francuske*, para 60.

¹²⁵ Hashmi, Hera. 2010. Too Much to Bare? A Comparative Analysis of the Headscarf in France, Turkey and the United States, *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 2, Maryland, 423.; Radačić, Ivana, 2012. Religious Symbols in Educational Institutions: Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Religion and human rights*, 7, Leiden, 135.

¹²⁶ *Gamaleddyn protiv Francuske*, Zahtjev br. 18527/08 od 30. lipnja 2009.

¹²⁷ *Aktas protiv Francuske*, Zahtjev, br. 43563/08 od 30. lipnja 2009.

¹²⁸ *Ranjit Singh protiv Francuske*, Zahtjev br. 27561/08 od 30. lipnja 2009.

¹²⁹ *Jasvir Singh protiv Francuske*, Zahtjev br. 25463/08 od 30. lipnja 2009.

¹³⁰ Bretscher, Fabienne, 2017. Religious Freedom of Members of Old and New Minorities: A Double Comparison, *Erasmus Law Review*, 3, Haag, 156.

prava u predmetu *Ranjit Singh protiv Francuske*,¹³¹ gdje UN-ov Odbor na uvjerljiviji način uravnotežuje argumente svih stranaka, uzimajući u obzir temeljna prava podnositelja zahtjeva, ali pri tome obznanjujući i interese države.¹³²

Svoju nedovoljnu sklonost zaštiti prava pojedinca na kulturni identitet Europski sud za ljudska prava potvrđuje i u predmetu drugačijih činjenica *Osmanoğlu i Kocabaş protiv Švicarske*,¹³³ u kojem su švicarska nadležna tijela odbila odobriti oslobođenje kćeri tursko-švicarskih roditelja muslimanske vjeroispovijesti od obvezne mješovite poduke iz plivanja, koja je dio njihova školovanja. Europski sud za ljudska prava u predmetu je odlučio kako je miješanje u prava roditelja na slobodu vjeroispovijesti težilo legitimnom cilju, odnosno zaštiti stranih učenika od bilo kakvog oblika socijalne isključenosti. Naglasio je poseban položaj koji škole imaju u postupku društvene integracije, osobito djece stranaca. Istaknuo je prava djece na dobivanje potpunog školovanja i na olakšanu društvenu integraciju, koja imaju prednost pred željom roditelja da se njihove kćeri oslobodi od mješovite poduke iz plivanja.¹³⁴ Obrazloženje Europskog suda za ljudska prava dovodi se u pitanje u smislu propitkivanja integracije stranaka s obzirom na to da činjenice predmeta nisu ukazivale kako obitelj, osim što je odbila dopustiti da njihove kćeri sudjeluju u nastavi plivanja, nije bila dobro integrirana u švicarsko društvo. Podnositelji zahtjeva nisu tražili izuzeće od obveze pohađanja cijelog predmeta već samo iz satova plivanja. Europski sud za ljudska prava nerazmjerno daje veće značenje proširenim pitanjima socijalne integracije nego pravu pripadnika vjerske manjine na iskazivanje svojih vjerskih uvjerenja.¹³⁵

Da Europski sud za ljudska prava općenito, a ne samo u predmetima gdje su podnositelji zahtjeva migranti, daje više težine načelu sekularizma, potvrđuje predmet *Lautsi protiv Italije*, gdje su se na načelo sekularizma, zbog isticanja vjerskih simbola u učionicama u Italiji, pozivali podnositelji zahtjeva.¹³⁶

I dok se ni u jednom od navedenih predmeta Europski sud za ljudska prava nije izravno doticao prava na identitet djece migranata, učinio je to neizravno u

¹³¹ Ranjit Singh v France Communication No 1876/2009 (2011) 32 BHRC 275; Bretscher, Fabienne, 2020. *Protecting the Religious Freedom of New Minorities in International Law*, London: Routledge, 59-81.

¹³² Vidi: Berry, Stephanie, 2017. A 'good faith' interpretation of the right to manifest religion? The diverging approaches of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee, *Legal Studies*, 4, Cambridge, 672-694.

¹³³ *Osmanoğlu i Kocabaş protiv Švicarske*, Zahtjev br. 29086/12 od 10. siječnja 2017.

¹³⁴ Vidi: Trotter, Sarah, 2018. 'Living Together', 'Learning Together', and 'Swimming Together': *Osmanoğlu and Kocabaş v Switzerland* (2017) and the Construction of Collective Life, *Human Rights Law Review*, 1, Oxford, 157-169.

¹³⁵ Bretscher, Fabienne, 2017. *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland: A Swiss perspective*, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/30/osmanoglu-and-kocabas-v-switzerland-a-swiss-perspective/>.

¹³⁶ Vidi: Zucca, Lorenzo, 2013. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber, *International Journal of Constitutional Law*, 1, Oxford, 218-229.; Duić, Dunja, 2014. Analiza slučaja Lautsi v. Italy (Europski sud za ljudska prava), *Pravni vjesnik*, 2, Osijek, 101-117.

predmetu *Khurshid Mustafa i Tarzibachi protiv Švedske*.¹³⁷ U predmetu je bračnom paru iranskog porijekla, koji je živio sa svoje troje djece u unajmljenom stanu u Stockholmu, ugovorom o najmu bilo zabranjeno korištenje satelitskog tanjura i tako onemogućeno pratiti televizijske programe na arapskom jeziku i farskiju. Europskom sudu za ljudska prava - žalili su se na povredu prava na informiranje. Europski sud za ljudska prava utvrđuje povredu te u svojem obrazloženju navodi kako se sloboda informiranja ne odnosi samo na vijesti od javnog značaja već po-drazumijeva i pravo na kulturno izražavanje, ali i ostvarivanje čiste zabave. Sud svoju odluku osnažuje ističući kako se u predmetu radi o imigrantskoj obitelji s troje djece koja želi održavati svoj kontakt s kulturom i jezikom svoje države podrijetla.¹³⁸ Mogući zaključak koji proizlazi iz tog usamljenog predmeta jest da će se Europski sud za ljudska prava založiti za kulturna prava djece migranata u situacijama kada ne postoji javni interes države s druge strane. U ostalim predme-tima Europski sud za ljudska prava trebao bi se ugledati na metodologiju UN-ova Odbora za ljudska prava te u svojim obrazloženjima, neovisno o ishodu odluke, postaviti pravednu ravnotežu između dva suprotstavljena interesa, prava djeteta na kulturni identitet s jedne strane i javnog interesa s druge strane.

6. Zaključak

Sekundarno zakonodavstvo Europske unije koje uređuje imigracije i azil, unatoč brojnim odredbama koje se odnose na djecu, ostaje neosjetljivo i ne daje odgovore na posebne potrebe i interese djeteta uključujući i njegovo pravo na identitet. Kroz svoje politike Europska unija upozorava na poteškoće s kojima se djeca migranti suočavaju nakon svojeg dolaska u Europsku uniju i upozorava na opasnost od diskriminacije na temelju kulturoloških razlika. Unatoč tome, u nje-zinim politikama izostaju konkretni prijedlozi mjera za integraciju djece migra-nata koje uključuju poštivanje različitosti. U svojem zakonodavstvu i politikama Europska unija izravno se poziva na međunarodne standarde zaštite dječjih pra-va, stoga je jasno kako Konvencija o pravima djeteta i pripadajuće smjernice UN-ova Odbora za prava djeteta trebaju biti vodič u tumačenju i provedbi ključnih odredbi i načela u područjima djelovanja dječjih prava Europske unije te temelj za oblikovanje novih zakonodavnih i političkih inicijativa. Polazište ovog rada bilo je da se europski sudovi, prilikom odlučivanja u predmetima koji se tiču prava na identitet djece migranata, trebaju pozivati na odredbe Konvencije o pravima djeteta i voditi njima.

¹³⁷ *Khurshid Mustafa i Tarzibachi protiv Švedske*, Zahtjev br. 23883/06, 16. prosinca 2008.

¹³⁸ Bieczyński, Mateusz, 2019. The 'Right to Cultural Heritage' in the European Union: A Tale of Two Courts, u: *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Jakubowski, Andrzej; Hausler, Kristin; Fiorentini, Francesca, ur.), Leiden/Boston, Brill | Nijhoff., 2019., 121

Nemoć i nesklonost Europske unije da u potpunosti angažira odredbe Konvencije o pravima djeteta, bez obzira na njihovo ugrađivanje u zakonodavne instrumente, odražava se u praksi Suda Europske unije. Za razliku od sada prilično rutinskog pozivanja na razmatranje dječjih prava u zakonu i politici Europske unije, pred Sudom je pokrenuta samo nekolicina slučajeva povezanih s djecom, a još je uvijek malo onih koji su pokrenuli bilo kakvu izravnu suradnju s načelima dječjih prava kako je utvrđeno u Konvenciji o pravima djeteta. U predmetima koji se tiču dobi djece migranata, Sud Europske unije ne propitkuje prava djeteta i ne iskazuje stavove koji se viđaju u politikama Europske unije. Međutim, prava djece u tim predmetima ostaju zaštićena na način da Sud Europske unije daje euroautonomno tumačenje određenog pojma (*A. i S. protiv Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) ili se pak poziva na odredbe sekundarnog zakonodavstva koje štite najbolji interes djeteta, a koje su izrekom temeljene upravo na Konvenciji o pravima djeteta (*M.A. i dr. protiv The International Protection Appeals Tribunal i dr i TQ protiv Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*). U predmetu maloljetničkog braka Sud Europske unije ne propitkuje prava djeteta, čime ostavlja prostor za nagađanje o tumačenju najboljeg interesa djeteta u postupcima spajanja obitelji (*Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres*).

Za razliku od Suda Europske unije, Europski sud za ljudska prava češće se poziva na odredbe Konvencije o pravima djeteta prilikom odlučivanja u predmetima koje su podnijela djeca ili koji se podnose u ime djece. Ipak, kroz praksu izostaje sistematiziranost. Europski sud za ljudska prava dosljedan je u ukazivanju potrebe za adekvatnom zaštitom maloljetnih migranata bez pratnje potkrepljujući u pravilu svoje stavove člankom 22. Konvencije o pravima djeteta o potrebi poduzimanja prikladnih mjera za zaštitu djece izbjeglica ili djece koja traže izbjeglički status (*Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar protiv Malte, Darboe i Camara protiv Italije*). Veoma različito, Europski sud za ljudska prava u predmetu maloljetničkog braka ističe potrebu zaštite prava djeteta u kontekstu članka 12. EKLJP-a, no ipak ne otvara pitanje primjenjuje li se načelo najboljeg interesa djeteta na maloljetnu djevojku (*Z.H. i R.H. protiv Švicarske*). Iako u svojoj ranoj praksi Europski sud za ljudska prava zauzima stav kako su pluralizam, tolerancija i duh otvorenosti glavna obilježja „demokratskog društva“, taj stav ne reflektira u svojim odlukama o kulturnom identitetu djece migranata. U tim slučajevima Europski sud za ljudska prava ne daje tumačenje glede ograničenja religijskih sloboda djece migranata već se isključivo oslanja za zaštitu sekularizma (*Dogru protiv Francuske, Gamaleddyn protiv Francuske, Aktas protiv Francuske, Ranjit Singh protiv Francuske, Jasvir Singh protiv Francuske, Osmanoğlu i Kocabaş protiv Švicarske*).

Slijedom analiziranog pravnog okvira i *soft law* dokumenata Europske unije može se zaključiti kako postoji visoka razina tendencije zaštite multikulturalno-

sti u integraciji djece migranata u europsko društvo. Nažalost, praksa europskih sudova ne slijedi taj trend. Oni u svojoj praksi ne pridaju dovoljno važnosti zaštiti najboljeg interesa djece migranata, posebice iz razloga što izbjegavaju koristiti međunarodne norme koje obvezuju države članice i Europsku uniju. Oba suda spremna su pružiti adekvatnu zaštitu djeci migrantima s obzirom na njihovu dob i ranjivost. U odlučivanju o maloljetničkim brakovima veću pozornost posvećuju zabrani maloljetničkih brakova i zaštiti javnih interesa, a pri tome u svojim obrazloženjima ne uspostavljaju ravnotežu s potrebom zaštite prava i najboljeg interesa djeteta. Propuštaju iskoristiti priliku i upozoriti na moguće nepovoljne pravne posljedice koje, u migracijskim postupcima, nepriznanje braka može prouzročiti djetetu. Europski sud za ljudska prava spreman je založiti se za kulturna prava djece migranata u situacijama kada ne postoji javni interes države te zaštita javnog poretka s druge strane. Legitimitetu odluka oba suda pridonijelo bi kada bi u svojoj argumentaciju, bez obzira na ishod, vodili računa o pravednoj ravnoteži između zaštite prava djeteta migranta na osobni i kulturni identitet s jedne strane te zaštite javnog interesa, odnosno poretka s druge strane, pri tome uzimajući u obzir odredbe Konvencije o pravima djeteta i pozivajući se na njih.

Korišteni izvori

Knjige i članci:

- Abramson, Bruce, 2008. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 2: The Right of Non-Discrimination, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 2, Leiden: Brill | Nijhoff.
- Aviat, Mona, 2019. Bone Testing for Migrants' Age Assessment: Evaluation of the European Practice Pursuant to the Standard of Proof Set by Union Law and the Supervisory Bodies of the Council of Europe, *Amsterdam Law Forum*, 42, Amsterdam, 42-49.
- Berry, Stephanie, 2017. A 'good faith' interpretation of the right to manifest religion? The diverging approaches of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee, *Legal Studies*, 4, Cambridge, 672-694.
- Blanke, Hermann-Josef i Mangiameli, Stelio ur. 2013. *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary UEU*, Berlin/Heidelberg: Springer.
- Bieczyński, Mateusz, 2019. The 'Right to Cultural Heritage' in the European Union: A Tale of Two Courts, u: *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Jakubowski, Andrzej; Hausler, Kristin; Fiorentini, Francesca, ur.), Leiden/Boston, Brill | Nijhoff, 2019., 113-140.
- Brems, Eva, 2005. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 14: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 14, Leiden: Brill | Nijhoff.

- Bretscher, Fabienne, 2017. Religious Freedom of Members of Old and New Minorities: A Double Comparison, *Erasmus Law Review*, 3, Haag, 151-162.
- Bretscher, Fabienne, 2020. *Protecting the Religious Freedom of New Minorities in International Law*, London: Routledge..
- Bretscher, Fabienne, 2017. *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland: A Swiss perspective*, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/30/osmanoglu-and-kocabas-v-switzerland-a-swiss-perspective/>.
- Corneloup, Sabine, 2014. Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?, u: *Private International Law and Global Governance* (Muir Watt, Horatia i P.Fernández Arroyo, Diego ur.), Oxford: Oxford University Press, 2014., 301-317.
- Dambour, Marie-Bénédicte, 2018. Surely not! Procedurally lawful age assessments in the UK, u: *Unaccompanied Children in European Migration and Asylum Practices. In Whose Best Interest?* (Sedmak, Mateja; Sauer, Birgit; Gornik, Barbara ur.), London, New York: Routledge Taylor&Francis, 2018., 155-183.
- Dawidowicz, Martin, 2010. The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation, u: *The Law of International Responsibility* (Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon; Parlett, Kate ur.) Oxford Commentaries on International Law, Oxford: Oxford University Press, 2010., 677-686.
- Delinćáková, Martina, 2018. The Best Interests of the Refugee Child and Their Right to Family Reunification in Europe, *European Studies - the Review of European Law, Economics and Politics*, 5, Alphen aan den Rijn, 229- 246.
- Dethloff, Nina, 2018. Child Brides on the Move: Legal Responses to Culture Clashes, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 3, Oxford, 302-315.
- De Vido, Sara, 2019. Against a Girl's Will: Child Marriages, Immigration and the Directive on Family Reunification, u: *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families* (Bergamini, Elisabetta; Ragni, Chiara ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 2019., 115-138.
- De Pasqual, Laura. 2019/2020. Freedom of Religion in Multicultural Europe: The Achbita and Bougnaoui Cases, *Gonzaga Journal of International Law*, 2, Gonzaga, 309-330.
- Doek, Jaap, 2006. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 8-9: The Right to Preservation of Identity and The Right Not to Be Separated from His or Her Parents. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 8-9, Leiden: Brill | Nijhoff.
- Duić, Dunja. 2019. Migracijsko pravo EU-a i prava djeteta, u: *Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji* (Župan, Mirela ur.), Osijek: Pravni fakultet Osijek, 2019., 131. – 155.
- Duić, Dunja, 2014. Analiza slučaja Lautsi v. Italy (Europski sud za ljudska prava), *Pravni vjesnik*, 2; Osijek, 101-117.
- Dutta, Anatol, 2017. Personal Status, u: *Encyclopedia of Private International Law* (Basedow, Jürgen; Rühl, Giesela; Ferrari, Franco; de Miguel Asensio, Pedro ur.), Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 1346-1350.

- Eide, Asbjørn, 2006. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 27: The Right to an Adequate Standard of Living, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 27, Leiden: Brill | Nijhoff.
- Fenton-Glynn, Claire, 2021. *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Freeman, Michael, 2007. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 3, Leiden: Brill | Nijhoff.
- Friedery, Réka, 2017. Developments in family reunification cases before the CJEU, *Bratislava Law Review*, 2, Bratislava, 6-17.
- Gaffney-Rhys, Ruth, 2011. International law as an instrument to combat child marriage, *The International Journal of Human Rights*, 3, London, 359-373.
- Gerards, Janneke, 2019. *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gornik, Barbara, 2018. At the Crossroads of Power Relations: the Convention of the Rights of the Child and Unaccompanied Minor Migrants, u: *Unaccompanied Children in European Migration and Asylum Practices. In Whose Best Interest?* (Sedmak, Mateja; Gornik, Barbara ur.), London, New York: Routledge Taylor&Francis, 2018., 16-37.
- Guliyeva, Gulara, 2013. Education, Languages and Linguistic Minorities in the EU: Challenges and Perspectives, *European Law Journal*, 2, 219-236.
- Hashmi, Hera. 2010. Too Much to Bare? A Comparative Analysis of the Headscarf in France, Turkey and the United States, *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 2, Maryland, 409-445.
- Howard, Erica, 2017. Islamic Headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3, Maastricht, 348-366.
- Hrabar, Dubravka, 2013. Prava djece u Europskoj uniji - pravni okvir, u: *Europsko obiteljsko pravo* (Korać Graovac, Aleksandra, Majstorović, Irena ur.), Zagreb: Narodne novine d.d., 53-71.
- Iusmen, Ingi i Stalford, Helen, 2016. Introduction: The EU as a Children's Rights Actor: Law, Policy and Structural Dimensions, u: *The EU as a Children's Rights Actor: Law, Policy and Structural Dimensions* (Iusmen, Ingi i Stalford, Helen ur.), Opladen/Berlin/Toronto: Verlag Barbara Budrich, 2016., 9-18.
- Jänterä-Jareborg, Maarit. 2016. The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture, u: *The Child's Interests in Conflict: The Intersections between Society, Family, Faith and Culture* (Jänterä-Jareborg, Maarit ur.) Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 2016., 1-30.
- Jensen, Robert i Thornton, Rebecca, 2003. Early Female Marriage in the Developing World, *Gender and Development*, 2, London, 9-19.
- Kilkelly, Ursula. 1999. *The Child in the European Convention on Human Rights*, London/New York: Routledge, 214-238.

- Klaassen, Mark; Rodrigues Peter, 2017. The Best Interests of the Child in EU Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24(2) Charter, *European Journal of Migration and Law*, 19, Leiden, 191-218.
- Kosińska, Anna Magdalena, 2019. *Cultural Rights of Third-Country Nationals in EU Law*, London: Palgrave Macmillan.
- Kunda, Ivana, 2020. Utjecaj međunarodnoprivatnopravnih rješenja Europske unije na status migranata, u: *Položaj migranata u međunarodnom i europskom pravu* (Barbić, Jakša, ur.), Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2020., 73-91.
- Kyriakou, Tania, 2015. The Protection of National Treasures in the EU Single Market, u: *Cultural Governance and the European Union* (Psychogiopoulou, Evangelia ur.) Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer, 2015., 63-74.
- Lambertz, Göran, 2016. Child Marriages and the Law - with Special Reference to Swedish Developments, u: *The Child's Interests in Conflict. The Child's Interests in Conflict Addresses the Conflicting Demands on Children from Minority Groups or Children Born to Parents of Different Cultural or Faith Backgrounds* (Jäterä-Jareborg, Maarit ur.), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia, 2016., 85-110.
- Lenart, Joanna. 2012. Fortress Europe: Compliance of the Dublin II Regulation with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, 75, Utrecht, 4-19.
- Lundy, Laura; O'Lynn, Patricia, 2019. The Education Right of Children, u: *International Human Rights of Children* (Kilkelly, Ursula; Liefaard, Ton, ur.), Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer, 2019., 259-276.
- Majcher, Izabella, 2020. *The European Union Returns Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law. Analysis of Return Decision, Entry Ban, Detention, and Removal*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff.
- Mayer-Bisch, Patrice. 1993. L'Idée de Démocratie Culturelle – Note d'introduction a l'interprétation politique des drits culturels, u: *Les droits culturels. Une catégorie sous-développée de droits de l'homme* (Meyer-Bisch, Patrice, ur.) Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1993., 279-290.
- Milios, Georgios, 2015. Family Reunification for Third-Country Nationals: Minimum Age for Spouses, Integration Measures and the Application of the Individual Assessment. Comments on Noorzia and Dogan, *European Journal of Migration and Law*, 17, Leiden, 127-146.
- Martiniello, Marco, 2006. *Towards a coherent approach to immigrant integration policy(ies) in the European Union*, Intensive Programme "Theories of International Migration", Liege, URL: <http://www.oecd.org/dev/38295165.pdf>.
- McCloskey, Bernard. 2017. Third-country refugees: The Dublin regulation/Article 8 ECHR interface and judicial remedies. *International Journal of Refugee Law*, 4, Oxford, 641-654.
- Mets, Karen, 2021. The fundamental rights of unaccompanied minors in EU asylum law: a dubious trade-off between control and protection, *ERA Forum*, 21, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 625-637.

- Mgebrishvili, Ana, 2020. Unaccompanied Migrant Children – their Rights and the Challenge for the State, *Levan Alexidze Journal of International Law*, 1, Tbilisi, 189-198.
- Nicolosi, Salvo, 2018. Shedding Light on the Protective Regime for Unaccompanied Minors Under the Family Reunification Directive: The Case of A and S, *European Papers. A Journal of Law and Integration*, 3, Rome, 1493-1502.
- Ni Raghallaig, Muirean, 2018. The Integration of Asylum Seekers and Refugee Children: Resilience in the Face of Adversity, u: *Research Handbook on Child Migration* (Bhabha, Jacqueline; Kanics, Jyothi; Senovilla Fernández, Daniel ur.), Chaltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018., 351-368.
- Nieuwenhuis, Aernout, 2007. The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *European Constitutional Law Review*, 3, Cambridge, 367-384.
- Nunes, Rita, 2017. Protection of Internally Displaced Children and the Guiding Principles of Internally Displaced Persons, u: *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead* (Liefwaard, Ton i Sloth-Nielsen, Julia ur.), Leiden/Boston: Brill | Nijhoff, 2007., 414-433.
- O'Donnell, Rebeca, 2018. The Role of European Union in the Protection of Migrant Children, u: *Research Handbook on Child Migration* (Bhabha, Jacqueline; Kanics, Jyothi i Senovilla Hernández, Daniel ur.) Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018., 131-139.
- Radačić, Ivana, 2012. Religious Symbols in Educational Institutions: Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Religion and human rights*, 7, Leiden, 133-147.
- Sauer, Birgit; Gori, Gisella, 2014. Article 14 – Right to Education, u: *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff; Ward, Angela ur.), Oxford: Hart Publishing, 2014., 444-465.
- Skomerska-Muchowska, Izabela, 2017. Court of Justice of the European Union (CJEU), u: *Culture and Human Rights: The Wrocław Commentaries* (J. Wiesand, Andreas; Chainoglou, Kalliopi; Sledzinska-Simon, Anna, ur.), Berlin: De Gruyter, 2017., 123-124.
- Stalford, Helen. 2014. *Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability*, Oxford: Hart Publishing.
- Thym, Daniel, 2019. A Bird's Eye View on ECJ Judgments on Immigration, Asylum and Border Control Cases, *European Journal of Migration and Law*, 21, Leiden, 166-193.
- Trotter, Sarah, 2018. 'Living Together', 'Learning Together', and 'Swimming Together': *Osmanoğlu and Kocabaş v Switzerland* (2017) and the Construction of Collective Life, *Human Rights Law Review*, 1, Oxford, 157-169.
- Verhellen, Jinske, 2017. Cross-Border Portability of Refugees' Personal Status, *Journal of Refugee Studies*, 4, Oxford, 427-443.
- Yıldırı, Mine, 2020. Are Turkey's Restrictions on Freedom of Religion or Belief Permissible?, *Religion & Human Rights*, 1-2, Leiden, 172-191.
- Zucca, Lorenzo, 2013. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber, *International Journal of Constitutional Law*, 1, Oxford, 218-229.

Župan, Mirela i Droventić, Martina, 2019. *Prekogranične građanskopravne otmice djece, u: Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji*, Osijek: Pravni fakultet Osijek, 2019., 345-379.

Župan, Mirela, 2012. *Normiranje mjerodavnog prava za osobno ime - novina hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, u: Recent trends in European Private International Law – Challenges for the national legislations of the South East European countries* (Deskoski Toni ur.), Skopje: Pravni fakultet Justinijan I, 2012., 179-193.

Župan, Mirela, 2019. *Identity of a Child in Cross-border legal transit (Naming Law in Focus)*, *Yearbook Human Rights Protection of the Right's of the Child "30 Years after the Adoption of the Convention on the Rights of the Child"*, No. 2., Novi Sad: Provincial Protector of Citizens – Ombudsman; Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade, 2019., 545-567.

Pravni propisi i ostali dokumenti

Europska unija:

Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Akcijski plan za integraciju i uključivanje za razdoblje 2021.–2027., COM(2020) 758.

Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru te Odboru regija O novom paktu o migracijama i azilu, COM/2020/609.

Europska Komisija, 2019. *JRC Tehnical Reports, Data on Children in Migration Part 1: The Basics*, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113025/data_on_children_in_migration_v2.6d_%28pdf%29.pdf.

Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću Zaštita djece migranata, COM/2017/0211.

Smjernice EU-a za promicanje i zaštitu prava djeteta, 2017. URL: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/default/files/eu_guidelines_rights_of_child_0.pdf.

Europska komisija, 2016. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija - Akcijski plan za integraciju državljana trećih zemalja, COM(2016)377.

Agencija Europske unije za temeljna prava i Vijeće Europe, 2015. *Priručnik o pravima djeteta u europskom pravu*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child_hr.pdf, 30.

Komunikacija Komisije Vijeću i Europskom parlamentu o smjernicama za primjenu Direktive 2003/86/EZ o pravu na spajanje obitelji, COM/2014/0210 final.

Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka), 2013, SL EU L 180/13.

Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija EU agenda djecu, COM(2011) 60.

Direktiva 2011/95/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite (preinačena), 2011, SL EU L 337/9.

Europska komisija, 2011. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija - Akcijski plan za integraciju državljana trećih zemalja, COM(2011)455.

Zaključci Vijeća od 26. studenoga 2009. o obrazovanju djece migrantskog podrijetla, 2009, SL C 301.

Direktiva 2008/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom, 2008, SL EU L 348/98.

Europska komisija, 2008. *Zelena knjiga – Migracije i mobilnost: izazovi i prilike za obrazovne sustave EU-a*, COM(2008) 423 final.

2007/C 303/01: Povelja Europske unije o temeljnim pravima SL C 303, 14.12.2007.

Komunikacija Komisije Prema EU strategiji o pravima djeteta COM(2006) 367 final.

Direktiva Vijeća 2003/86/EZ od 22. rujna 2003. o pravu na spajanje obitelji, 2003, SL EU L 251/12.

Europska komisija, 2003. Komunikacija Komisije Vijeću, Europskom parlamentu, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o imigraciji, integraciji i zapošljavanju, COM(2003)336.

Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja SL L 303, 2.12.2000.

Direktiva Vijeća od 25. srpnja 1977. o obrazovanju djece radnika migranata 1977/486/EEZ, 1977, SL L 199.

Vijeće Europe:

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda [1950] ETS br. 005., NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

Council of Europe, Commissioner for Human Rights, 2017. *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, <https://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/175147/175147.pdf>.

Ujedinjeni narodi:

UNHCR, 2017. Left in Limbo UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation, <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2017/oct/unhcr-left-in-limbo-study-implementation-dublin-regulation-report.pdf>.

Visoki povjerenik UN-a za izbjeglice, 2009. Smjernice u području međunarodne zaštite br. 8: Zahtjevi maloljetnika za azil, HCR/GIP/09/08.

UNHCR Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 2005. *Conclusion on Local Integration No. 104 (LVI) – 2005 Executive Committee 56th session*. Contained in United Nations General Assembly document A/AC.96/1021.

UNESCO, 2003. *Univerzalna deklaracija UNESCO-a o kulturnoj raznolikosti*, Paris, 2. studeni 2003., URL: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_hr.pdf.

Visoki povjerenik UN-a za izbjeglice, 2002. Smjernice u području međunarodne zaštite br. 2: Pripadnost određenoj društvenoj skupini, HCR/GIP/02/02, para 11.

UNESCO, 2001. *Univerzalna deklaracija o kulturnoj raznolikosti*, 31 C/Resolutions + CORR., 171.

UNHCR, 1990. The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis-

UN-ov odbor za prava djeteta, 2001. *Opći komentar br. 1., Članak 29 (1), Ciljevi obrazovanja*, CRC/GC/2001/1.

Konvencija o pravima djeteta, 1989. UNTS, Vol. 1577, 3.

Konvencija o statusu izbjeglica, 1951, UNTS 189, 137.

Sudska praksa

Sud Europske unije:

C441/19 TQ protiv Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, 2021, ECLI:EU:C:2021:9.

C-661/17 M.A. i dr. protiv The International Protection Appeals Tribunal i dr., 2019, ECLI:EU:C:2019:53.

C-550/16 Aand S protiv Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 2018, ECLI:EU:C:2018:248.

C157/15 Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding protiv G4S Secure Solutions NV, 2017, ECLI:EU:C:2017:203

C188/15 Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) protiv Micropole Univers SA, 2017, ECLI:EU:C:2017:204.

C-338/13, Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres, 2014., ECLI:EU:C:2014:2092.

Mišljenje nezavisnog odvjetnika Mengozzi u predmetu C-338/13, Marjan Noorzia protiv Bundesministerin für Inneres, 30. travnja 2014., ECLI:EU:C:2014:288.

C578/08 Rhimou Chakroun v Minister van Buitenlandse Zaken, 2010, ECLI:EU:C:2010:117.

C-491/10 PPU Joseba Andoni Aguirre Zarraga protiv Simone Pelz, 2010, ECLI:EU:C:2010:828.

C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs GmbH protiv Avides Media, 2008, ECLI:EU:C:2008:85.

C-540/03 Europski parlament protiv Vijeća Europske unije, 2006, ECLI:EU:C:2006:429.

C-23/93 TV10 SA v Commissariaat voor de Media, 1994, ECLI: EU:C:1994:362.

C-155/82 *Komisija Europskih zajednica protiv Belgije*, 1983, ECLI:EU:C:1983:53.

C-227/82 *Leendert van Bennekom*, 1983, ECLI: ECLI:EU:C:1983:354.

C-7/68 *Komisija Europskih zajednica protiv Talijanske Republike*, 1968, ECLI:EU:C:1968:51.

Europski sud za ljudska prava:

Ousainou Darboe i Moussa Camara protiv Italije, Zahtjev br. 5797/17, 18. siječnja 2017.

Osmanoğlu i Kocabaş protiv Švicarske, Zahtjev br. 29086/12 od 10. siječnja 2017.

İzzettin Doğan i drugi protiv Turske, Zahtjev br. 62649/10 od 26. travnja 2016.

Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar protiv Malte, Zahtjevi br. 25794/13 i 28151/13, 22. studeni 2016.

Z.H. i R.H. protiv Švicarske, Zahtjev br. 60119/12, 8. prosinca 2015.

Dogru protiv Francuske, Zahtjev br. 27058/05 od 4. ožujka 2009.

Kervanci protiv Francuske, Zahtjev br. 31645/0 od 4. prosinca 2009.

Gamaleddyn protiv Francuske, Zahtjev br. 18527/08 od 30. lipnja 2009.

Aktas protiv Francuske, Zahtjev, br. 43563/08 od 30. lipnja 2009.

Ranjit Singh protiv Francuske, Zahtjev br. 27561/08 od 30. lipnja 2009.

Jasvir Singh protiv Francuske, Zahtjev br. 25463/08 od 30. lipnja 2009.

Maslov protiv Austrije, Zahtjev br. 1638/03, 23. lipnja 2008.

Khurshid Mustafa i Tarzibachi protiv Švedske, Zahtjev br. 23883/06, 16. prosinca 2008.

Leyla Şahin protiv Turske, Zahtjev br. 44774/98 od 10. studenog 2005.

Serife Yigit protiv Turske, Zahtjev br. 3976/05 od 2. studenog 2005.

Janis Khan protiv Ujedinjene Kraljevine, Zahtjev br. 11579/85 od 7. srpnja 1986.

Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Zahtjev br. 5493/72 od 7. prosinca 1976.

X protiv Njemačke, Zahtjev br. 6167/73 od 18. prosinca 1974.

UN-ov Odbor za ljudska prava:

Ranjit Singh v France Communication No 1876/2009, 2011, 32 BHRC 275.

III. RASPRAVA

Prof. dr. sc. Mira Lulić:

Dopustite mi, molim Vas, da se prva javim i odmah na početku pohvalim profesoricu Župan što je detektirala zaista važnu, aktualnu i u hrvatskoj znanosti nedovoljno znanstveno istraženu temu o identitetu, a onda i da posebno zahvalim akademiku Barbiću i Hrvatskoj akademiji znanosti i umjetnosti što su to prepoznali, organizirali i omogućili nam sudjelovanje na ovako vrijednom znanstvenom skupu na kojem smo mogli čuti niz zaista kvalitetnih i zanimljivih analiza i istraživanja problema identiteta. Identitet je vrlo kompleksan, fluidan, višedimenzionalan i multidisciplinarni pojam koji istražuju znanstvenici i stručnjaci iz različitih znanstvenih područja, polja i grana. U društveno-humanističkim znanostima druga su polja (naprimjer sociologija, filozofija, psihologija, politologija, kulturologija i sl.) osjetno više bila okupirana pitanjima i problemima vezanim uz identitet od nas koji smo u polju prava. Tako su se identitetom u polju prava do danas sporadično i selektivno bavili kolege iz ustavnog, obiteljskog, kaznenog, građanskog, upravnog i nekih drugih grana prava. No identitet do danas ipak nije bio u fokusu istraživanja u polju prava i dosta je praznina u hrvatskoj pravnoj znanosti vezano uz pravne aspekte identiteta. Da ne bih zvučala kritično prema pravnoj znanosti, nipošto to ne želim, dodati ću i važnu napomenu da o identitetu i temama o kojima smo danas imali mogućnosti čuti ima nedostatan znanstvenih radova iz polja prava i u stranim pravnim časopisima i znanstvenim monografijama. Zato je važno da je profesorica Župan detektirala potrebu dodatnog istraživanja identiteta, a da su akademik Barbić i HAZU prepoznali važnost organiziranja skupa na temu identiteta. Kolege iz grane međunarodnog privatnog prava, čini mi se, najdalje su otišli u istraživanjima identiteta u polju prava, a čini se i da je ta grana prava najotvorenija za tako izazovna multidisciplinarna istraživanja. Zato sam s pažnjom i iskrenim zanimanjem slušala što su to istraživali i do kojih su znanstvenih zaključaka došli kolege iz međunarodnoga privatnog prava u istraživanju ovog kompliciranog i višeznačnog, a opet sveprisutnog pojma.

Hvala Vam što ste na ovaj znanstveni skup pozvali i nas iz grane međunarodnog (javnog) prava. Povijest ljudskih prava borba je za opstanak i očuvanje identiteta pojedinca i grupe, no identitet ćemo zbog njegove neodređenosti i složenosti rijetko naći u odredbama međunarodnih dokumenata. Zato su ovakvi znanstveni skupovi dragocjeni da naučimo puno toga novog i aktualnog, ali i da dobijemo smjernice i ideje za nastavak budućih pravnih istraživanja ove zahtjevne i izazovne teme.

Hvala akademiku Barbiću i HAZU na tako uspješnoj organizaciji jednog iznimno kvalitetnog skupa, a profesorici Župan zahvaljujem na inicijativi i velikoj energiji da nas sve ovako okupi i potakne nas i na neka nova, buduća znanstvena istraživanja o identitetu. Konačno, hvala i svim drugim kolegicama i kolegama koji su tako uspješno sudjelovali na ovom znanstvenom skupu i nesebično podijelili s nama dragocjena i dubinska znanja o identitetu do kojih su došli. Slušala sam ih s velikim interesom i zadovoljstvom i s nestrpljenjem čekam i tiskano izdanje radova s ovog znanstvenog skupa.

Doc. dr. sc. Dora Zgrabljic Rotar:

Izuzetno mi je bila zanimljiva teza profesorice Župan prema kojoj se težište pomiče s „pravne sigurnosti“ prema „opravdanim očekivanjima pojedinca“ kao temeljnoj ideji međunarodnog privatnog prava.

Upravo u tom smjeru kreće se i praksa Suda Europske unije u pogledu utvrđivanja poveznice mjesta gdje je šteta nastala (*loci damni*) u sporovima koji proizlaze iz povrede prava osobnosti, o čemu sam danas izlagala. Naime, prema trenutnoj praksi Suda Europske unije utvrđenoj u predmetima *eDate Advertising* i *Bolagsupplysningen*, mjesto gdje je šteta nastala u takvim je sporovima u središtu interesa pravne ili fizičke osobe. U predmetu *eDate Advertising* Sud utvrđuje da će se u najvećem broju predmeta središte interesa fizičke osobe podudarati s njegovim uobičajenim boravištem, ali da središte interesa može biti i u nekoj drugoj državi ako s njom postoji osobito bliska veza, primjerice zbog profesionalnih aktivnosti. U predmetu *Bolagsupplysningen* Sud određuje da je središte interesa pravne osobe ono mjesto gdje je njegov trgovački ugled najčvršće uspostavljen, a da će to biti mjesto gdje ta pravna osoba u najvećem opsegu obnaša svoju trgovačku djelatnost. Sud zaključuje da, iako to može biti ujedno i mjesto njegova sjedišta, sama činjenica da pravna osoba ima sjedište u nekoj državi nije dovoljna da bi se utvrdilo da je u toj državi središte njezina interesa.

Osnovna kritika takvog određivanja poveznice mjesta nastanka štete kod povrede prava osobnosti jest u tome da je ono pravno vrlo nepredvidljivo. Međutim izgleda da najnovija praksa Suda Europske unije ide u smjeru da se to ispravi, i to upravo na onakav način o kojem je govorila profesorica Župan.

Prije dva dana objavljeno je mišljenje nezavisnog odvjetnika Bobeka u predmetu *Mittelbayerischer Verlag* u kojem on ograničava ili, možda bolje, usmjerava dosadašnje tumačenje mjesta gdje je šteta nastala. Naime nezavisni odvjetnik zaključuje da bi, ako uzmemo da je šteta nastala u središtu interesa fizičke ili pravne osobe, to središte interesa trebalo biti predvidljivo kako bi određivanje mjesta nastanka štete na taj način bilo usklađeno s ciljevima Uredbe. Ta

bi se predvidljivost trebala zasnivati na objektivnim, a ne subjektivnim kriterijima. Hoće li Sud Europske unije u odluci u ovom predmetu prihvatiti takvu argumentaciju nezavisnog odvjetnika, tek ćemo vidjeti. U svakom slučaju, njegovo se shvaćanje temelji upravo na tezi koju je iznijela profesorica Župan, a to je da težište međunarodnog privatnog prava treba biti na opravdanim očekivanjima pojedinca.

Prof. dr. sc. Mirela Župan:

Na kraju ovog dugog i bogatog skupa istovremeno me ispunjava osjećaj zadovoljstva i zahvalnosti. Zahvalnosti HAZU koji je podupro ideju organizacije ovog tematskog skupa, akademiku Barbiću za njegovu uspješnu organizaciju, a uvodničarima na predanosti kojom su pripremili svoja izlaganja. A za zadovoljstvo je puno razloga. Ovim smo se skupom svrstali među malobrojne teoretičare prava koji se bave pitanjima identiteta, a još malobrojnije teoretičare koji se bave pitanjima identiteta u prekograničnim privatnopravnim odnosima. Začetnik ove ideje zasigurno je prof. Horatia Muir Watt s Pariškog SanPo-a, a temu je obrađivao 2019. godine i prof. Salerno kroz svoja čuvena Hague Academy Summer School Lectures. Dodirne točke naših istraživanja nalaze se u doktrinarnom polazištu i sprezi s ljudskim pravima. Imali smo danas priliku slušati o tvorbi identiteta s aspekta humanistike, a na to se uvodno izlaganje nadovezalo nekoliko tema statusnih pitanja fizičkih osoba. Ne skrivam da me je radovalo prelijevanje uvodno postavljenog razgraničenja esencijalizma i antiesencijalizma u međunarodno privatno pravo. Ono se zrcali kroz napuštanje strogih poveznica poput državljanstva te uvođenje otvorenih koncepata poput primjerice uobičajenog boravišta. Uobičajeno boravište zapravo je funkcionalna poveznica koja počiva na interesima osobe, a ne na pravno utvrđenoj vezi pojedinca s nekim poretom koja bi se vrednovala kroz esencijalizam. Jednako tako, učenja J. Butler i J. L. Austina čine zajedničku nit brojnih izlaganja, osobito tema imena i identiteta, odnosno identiteta transrodnih osoba.

Neodvojivo od svake cjeline vezane uz fizičke osobe jest i vertikalno i horizontalno prožimanje sa zaštitom temeljnih prava, gdje se provodi uravnoteživanje individualnog prema kolektivnom interesu.

Ono u čemu je ovaj skup otišao korak dalje jest izučavanje identiteta u spektru pravnih osoba, što je u literaturi dosad nezastupljeno područje. Slični smo efekt postigli i povezivanjem pitanja identiteta s najsuvremenijim pitanjima zaštite ranjivih. U tom je smislu potpuno novo područje postavljanje identiteta u aktualni kontekst post-GDPR ere, kao i kontekst djece u prisilnim migracijama.

Sa svim sam uvodničarima bila u kontinuiranoj komunikaciji. Zajednički je dojam da eksploatirana tema zapravo nije nimalo lak zalogaj, da je cjelovitijih rasprava vrlo malo te da je i strana literatura vrlo skromna. Stoga, da zaključim, zadovoljstvo dijelim i s vama što ćemo na globalnoj razini neke aspekte identiteta otvoriti upravo ovom publikacijom.

IV. ZATVARANJE OKRUGLOG STOLA

Akademik Jakša Barbić, predsjedatelj:

Zadovoljstvo mi je reći da smo radom u proteklih nekoliko sati ispunili očekivanja od današnjeg okruglog stola. Dobro odabrane teme bile su povod uvodničarima za temeljito provedene analize stanja koje su pokazale dileme i otvorena pitanja na koja su dani odgovori. Riječ je o suptilnoj materiji kojoj je trebalo pristupiti na isti način. Mislim da je to dobro učinjeno.

Za razmatranja pravne naravi bilo je logično da se prvo odredi pojam identiteta, što je dobro učinjeno, uz navođenje različitih pristupa tom pojmu i utvrđenjem što ga čini i čemu služi. Nakon toga bilo je moguće raspravljati o pojedinim pitanjima što se pojavljuju u pogledu pravnog uređenja identiteta u prekograničnim privatnopravnim odnosima. S tim u vezi odabrana su bitna područja na kojima se ona postavljaju. Dan je vrlo dobar pregled prakse Europskog suda za ljudska prava s obzirom na to da se Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda odnosi i na zaštitu osobnog identiteta. Iznesena tumačenja o dosegu odredbe čl. 8. Konvencije koja daje Europski sud za ljudska prava važan su pokazatelj za odgovore na otvorena pitanja povezana s identitetom osoba.

Razjasnili smo i dileme koje se javljaju pri prosudbi osobnog statuta i priznanja prava stečenih u inozemstvu, za što je bilo važno odrediti poveznice kao mjerilo identiteta fizičkih osoba. Razlike u njima mogu biti opasne za pravnu sigurnost, pa je ukazano kako ih prevladati. Pri tome su važna europska mjerila koja su prihvaćena u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu.

Dobro je što je raspravljena tema osobnog imena i identiteta u prekograničnom pravnom prometu, jer je osobno ime jedan od pojavnih oblika osobnog identiteta i ključnih elemenata za njegovo utvrđivanje. Prikazane su razlike koje u tome postoje u nacionalnim pravima i dobro je da je ukazano u čemu se prakse Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava razlikuju u pristupu priznavanju kontinuiteta osobnog imena, s time da Sud Europske unije polako prihvaća stajališta Europskog suda za ljudska prava. Usprkos tome ostala su neka otvorena pitanja koja su iznesena na okruglom stolu.

Razmotreno je važno područje prekogranične provedbe prava na zaštitu osobnih podataka u Europskoj uniji i u vezi s time europska pravna regulativa kojom se to uređuje. Važna je konstatacija da se širi domet zaštite koju pruža ta regulativa i na koji se način to čini. Pritom je dobro ukazano na opasnosti od mobilnosti

i korištenja elektroničkih komunikacija koje omogućuju neograničenu prekograničnu mobilnost osobnih podataka a da je ne prati fizičko kretanje osoba. Zato je dobro da Europska unija želi biti predvodnik u zaštiti osobnih podataka, što bi trebalo pridonijeti pravnoj sigurnosti.

Ukazano je na kompleksnost pojma osobnosti pravnih osoba i kako ona može biti povrijeđena u tržišnom natjecanju. Raspravljena su i mjerila međunarodnog privatnog prava za primjenu prava po kojem se prosuđuju slučajevi povreda osobnosti pravnih osoba i opravdano kritizira opasnost koja dolazi od nedovoljne pravne predvidivosti.

Obradeno je i pitanje spola u vezi s identitetom fizičkih osoba te je ukazano na činjenicu da se spol i rod ne moraju uvijek poklapati. To zahtijeva definiranje transrodnosti. Istaknut je problem određivanja prava mjerodavnog za određenje spola i roda neke osobe, jer se u tome srećemo s državama koje upisuju samo binarne oznake, dok kod nekih postoji i ona nebinarna. U prekograničnim privatnopravnim odnosima to može postati problem, pa je *de lege ferenda* predloženo da se kao poveznica za primjenu mjerodavnog prava propiše mjesto uobičajenog boravišta, za što su izneseni valjani razlozi.

Migracije koje su u posljednje vrijeme znatno pojačane otvorile su u praksi pitanje identiteta djece migranata. Zato je, kada je riječ o osobnom identitetu, o tome bilo govora na okruglom stolu. Dobro je što je izneseno stajalište Europskog suda za ljudska prava koje se poziva na identitet djeteta i drugih sudova koji se više oslanjaju na javni poredak. U nacionalnim pravima prava djeteta nisu uređivana ili se različito uređuju. Predloženo je da se u pitanjima prava djeteta poziva na Konvenciju o pravima djeteta.

Obradom prve posebne teme iz područja međunarodnog privatnog prava na našim okruglim stolovima možemo biti zadovoljni. Područje identiteta u prekograničnim privatnopravnim odnosima bilo je tematski dobro pokriveno i može poslužiti kao predložak za obradu novih posebnih tema. Znanstveno vijeće pokazalo je da nastavlja s obradom aktualnih tema iz područja prava i u vezi s njim. Kada je riječ o međunarodnom privatnom pravu, Znanstveno je vijeće danas pokazalo da je okrugli stol održan u povodu donošenja Zakona o međunarodnom privatnom pravu bio samo temelj na kojem treba nastaviti s razmatranjem pojedinih užih tema s tog područja prava. U vezi s time uskoro ćemo obraditi još jednu važnu temu i treba vjerovati da se s njezinom obradom nećemo prestati baviti međunarodnim privatnim pravom.

Sve što je izrečeno na okruglom stolu bit će objavljeno u 63. knjizi nakladničkog niza Modernizacija prava i tako biti dostupno javnosti. Za to zahvaljujem

uvodničarima i sudionicima u današnjoj raspravi, onima koji su tehnički omogućili održavanje okruglog stola i koji će obaviti posao potreban da bi se objavila knjiga. Imat ćemo uskoro priliku za nastavak rasprave o drugoj posebnoj temi iz međunarodnog privatnog prava na koju ćete biti na vrijeme pozvani. Otvoreni smo za nove prijedloge tema s tog područja. O njima ovisi u kojoj ćemo mjeri nastaviti s raspravama. Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti putem svog Znanstvenog vijeća za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava rado će ih omogućiti. To je u skladu s njezinim poslanjem, što je s dosad održanim okruglim stolovima i pokazala.

Okrugli stol
Identitet u prekograničnim privatnopravnim odnosima
(2021; Zagreb)

Nakladnik
Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti
Trg Nikole Šubića Zrinskog 11, 10000 Zagreb

Za nakladnika
Akademik Dario Vretenar, glavni tajnik

Lektura
Maja Silov Tovernić

Grafička urednica
Martina Delišimunović

Naklada
200 primjeraka

Tisak
Stega tisak, Zagreb

Objavljeno u prosincu 2021.

Knj. 30. Pravna zaštita tla : okrugli stol održan 5. studenoga 2015. Zagreb, 2016.

Knj. 31. Pravo na dom : okrugli stol održan 28. siječnja 2016. Zagreb, 2016.

Knj. 32. Pravna zaštita voda : okrugli stol održan 9. ožujka 2016. Zagreb, 2016.

Knj. 33. Zaštita intelektualnog vlasništva : okrugli stol održan 18. ožujka 2016. Zagreb, 2017.

Knj. 34. Pravna zaštita prostora : okrugli stol održan 17. listopada 2016. Zagreb, 2017.

Knj. 35. Pravna zaštita mora : okrugli stol održan 23. studenoga 2016. Zagreb, 2017.

Knj. 36. Pravna zaštita zraka : okrugli stol održan 26. siječnja 2017. Zagreb, 2017.

Knj. 37. Kaznenopravna zaštita okoliša : okrugli stol održan 1. ožujka 2017. Zagreb, 2017.

Knj. 38. Građanskopravna zaštita okoliša : okrugli stol održan 7. lipnja 2017. Zagreb, 2017.

Knj. 39. Upravno sudovanje u Hrvatskoj : okrugli stol održan 29. lipnja 2017. Zagreb, 2018.

Knj. 40. Pravno uređenje gospodarenja otpadom : okrugli stol održan 27. listopada 2017. Zagreb, 2018.

Knj. 41. Dvadeset godina hrvatskoga stvarnogpravnog uređenja : okrugli stol održan 6. prosinca 2017. Zagreb, 2018.

Knj. 42. Pravni okvir za luke nautičkog turizma : okrugli stol održan 8. veljače 2018. Zagreb, 2018.

Knj. 43. Europska budućnost hrvatskoga građanskog pravosuđa : okrugli stol održan 8. ožujka 2018. Zagreb, 2019.

Knj. 44. Europska budućnost hrvatskoga kaznenog pravosuđa : okrugli stol održan 24. svibnja 2018. Zagreb, 2018.

Knj. 45. Istine i zablude o reformi znanosti i visokog obrazovanja : okrugli stol održan 28. lipnja 2018. Zagreb, 2019.

Knj. 46. Zakladništvo u Republici Hrvatskoj: okrugli stol održan 22. listopada 2018. Zagreb, 2019.

Knj. 47. Novi pravni režim za marine : konferencija održana 22. i 23. studenog 2018. Zagreb, 2019.

Knj. 48. Dvadeset pet godina hrvatskog prava društava : okrugli stol održan 11. prosinca 2018. Zagreb, 2019.

Knj. 49. Javni bilježnici u europskom kontekstu : okrugli stol održan 23. siječnja 2019. Zagreb, 2019.

Knj. 50. Izazovi migracija i integracije za javnu upravu : okrugli stol održan 28. veljače 2019. Zagreb, 2020.

Knj. 51. Položaj migranata u međunarodnom i europskom pravu : okrugli stol održan 4. travnja 2019. Zagreb, 2020.

Knj. 52. Međunarodno privatno pravo - interakcija međunarodnih, europskih i domaćih propisa : okrugli stol održan 29. listopada 2019. Zagreb, 2020.

Knj. 53. Novine u parničnom procesnom pravu: okrugli stol održan 6. prosinca 2019. Zagreb, 2020.

Knj. 54. Pravo i politika EU - Stara pitanja, novi odgovori: okrugli stol održan 28. siječnja 2020. Zagreb, 2020.

Knj. 55. Službe od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku : okrugli stol održan 25. veljače 2020. Zagreb, 2021.

Knj. 56. Reforma autorskog prava u Europskoj uniji, videokonferencija održana 15. listopada 2020. - u tisku

Knj. 57. Zaštita investicija u Europskoj uniji, videokonferencija održana 26. listopada 2020. - u tisku

Knj. 58. Prilozi raspravi o daljnjem razvoju kaznenog prava Europske unije, videokonferencija održana 10. studenoga 2020. - u tisku

Knj. 59. Pravna zaštita pojedinca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije, videokonferencija održana 24. studenoga 2020.

Knj. 60. Ustavne promjene i političke nagodbe – Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma, videokonferencija održana 8. prosinca 2020. Zagreb, 2021.

Knj. 61. Primjena prava za vrijeme pandemije COVID-19 , videokonferencija održana 21. i 22. siječnja 2021. Zagreb, 2021.

Knj. 62. Pravo tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, videokonferencija održana 1. veljače 2021. Zagreb, 2021.

Knj. 63. Identitet u prekograničnim privatnopravnim odnosima, videokonferencija održana 25. veljače 2021. Zagreb, 2021.

