

UDK: 341.018 : 338.48(497.6)
izvorni znanstveni članak
primljen 5. 5. 2017.

Prof. dr. sc. Miroslav DŽIDIĆ,
izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru
Dr. sc. Tin MATIĆ

ELEKTRONIČKI IZVORNIK ISPRAVE I NJEZIN PRIJENOS ELEKTRONIČKOM POŠTOM

Sažetak

U radu se razmatra odnos između same poruke elektroničke pošte te njezinih priloga. Nakon toga, a polazeći od pretpostavke da elektronička poruka, može imati prilog koji je tekst, slika ili glas, analizira se pravni karakter glasovne poruke, odnosno utvrđuje ima li ona karakter pisane ili usmene poruke. Nakon toga analizira se regulativa izvornika isprave u elektroničkom obliku u Bosni i Hercegovini uz paralelni prikaz regulacije u Konvencije UN o elektroničkoj komunikaciji, Model zakonu o elektroničkoj trgovini UNCITRAL-a te Uniform Electronic Transactions Act SAD-a kao i u pravu Republike Hrvatske. Zakon o elektroničkom pravnom i poslovnom prometu BiH pitanje izvornika regulira zapravo posredno primjenom pravila o čuvanju dokumenta u elektroničkom obliku. Iako ti uvjeti formalno nisu oni iz Model zakona o elektroničkoj trgovini ili Konvencije koji se odnose na elektronički izvornik, u njima nema sadržajno bitnih razlika. ZEPPP je na taj način riješio pitanje elektroničkog izvornika sadržajno vrlo slično rješenju Konvencije. Uspirkos navedenom poželjno bi bilo i u domaćem zakonodavstvu prihvatiti rješenja Konvencije kao najmodernija.

Gljučne riječi: Elektronička pošta, izvornik elektroničke isprave, integritet podataka, dostupnost podataka, Konvencija Ujedinjenih naroda o korištenju elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima, Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu Bosne i Hercegovine

1. Uvod - definiranje elektroničke komunikacije¹

Pravo elektroničke trgovine dio je trgovačkog (ugovornog) ili građanskog (ugovornog) prava, koje regulira specifičnosti pravnih poslova nastalih elektroničkim načinima

1) Ovdje se daje sumarni prikaz, vidjeti detaljnije u radu Matić, Tin: Primjena propisa o elektroničkom poslovanju i sklapanju ugovora u elektroničkoj trgovini prema propisima Bosne i Hercegovine, Zbornik radova XXII - XXIII Pravnog fakulteta u Mostaru, Mostar, 2014., str. 250.-283., gdje se analiziraju pojedini oblici elektroničkog načina komuniciranja, e-mail, elektronički agent, EDI kao čisti oblici elektroničkog komuniciranja te telefaks i telefon. Isto tako Picheler, Marie Helen; Rupp-Gufler, Melanie i Koenig Ribert, Truyen u knjizi - E commerce and the Law of Digital Signatures, urednik Cambell, Dennis, Oceana Publications, Inc, New York, 2005., na str. 90, komentirajući austrijski Zakon o elektroničkoj trgovini (koji je donesen implementirajući Direktivu o elektroničkoj trgovini) navode: *The following services are not considered as information services and are outside the scope of the Electronic Commerce Act:*

1. Voice telephony services

2. Telecopy and telex services or services provided via telephony or telecopy.

komuniciranja.² Osnova definicije elektroničkog trgovanja jest dakle, prijenos pravno relevantnih poruka i informacija kroz elektroničke mreže elektroničkim putem.

Konvencija Ujedinjenih naroda o uporabi elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima³ iz 2005. godine kao načine elektroničkog komuniciranja određuje kao sve one oblike komunikacija koju strane obavljaju uporabom elektroničkih poruka u čl. 4. st. 1. toč. b)⁴ prema kojoj u elektroničke poruke spadaju EDI, elektronička pošta, telegram, teleks i telefaks (*telecopy*).

Ugovori bilo koje vrste, sklopljeni elektroničkim načinom komuniciranja, po svojoj pravnoj prirodi ostaju ono što jesu; na njih se primjenjuju isti propisi i oni se zapravo ni po čemu ne razlikuju od ugovora iste vrste sklopljenih na tradicionalan način. Jedina je specifičnost u načinu njihova nastanka i sklapanja na koje se primjenjuju specifični propisi važeći za elektroničko poslovanje, dok nakon trenutka nastanka ti ugovori biva-ju podređeni jednakoj pravnoj regulativi kao i svaki drugi ugovor tog tipa.

Mora se navesti da znanstveni, ali i nomotehnički pristup traži standardizaciju terminologije. Naime, termin koji se koristi za komunikaciju koja podliježe specifičnoj regulaciji prava elektroničke trgovine jest elektronička komunikacija, ali i telekomunikacija. U novije vrijeme se napušta termin telekomunikacija u njezinim različitim izvedenicama u korist termina elektronička komunikacija. Sukladno navedenom zalaže se za korištenje tog termina.⁵ Jednako tako u navedenom izvoru iz prošle napomene upućuje se na argumentaciju za korištenje ovog termina i iz perspektive bosanskohercegovačkog prava,⁶ a kako se ovdje isti argumenti ne bi ponavljali.

2. Elektronička pošta - e-mail

Elektronička pošta (e-mail) predstavlja slanje i primanje poruka putem jednog računala na drugo. To su poruke ispisane slovima i brojevima u formi slobodnog teksta te upućene isključivo ljudima, bilo na čitanje, bilo na obradu.⁷ Tehnički gledano, računala koja primaju i šalju poruke mogu biti međusobno izravno povezana, no u praksi redovi-

2) Tako Heyden, J. Tryuken u knjizi – E commerce and the Law of Digital Signatures, urednik Cambell, Dennis, Oceana Publications, Inc, New York, 2005., na str. 224, navodi da se prema sekciji 312e njemačkog Gradanskog zakonika termin „ugovor elektroničke trgovine“ (*Vertrag im elektronischen Geschaeftsverkerher*) određuje kao ugovor o pružanju usluga ili nabavljanju roba, u kojem sudionici koriste telekomunikacijske ili medijske usluge za sklapanje ugovora. Na taj način posredno određuje i sadržaj i objekt reguliranja elektroničke trgovine.

3) United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, United Nations, New York, 2007., publication no. E.07.V.2., konvencija je usvojena u Generalnoj skupštini UN 2005., a stupila je na snagu 2013. godine., dalje se koristi skraćenica UN CEC ili samo termin Konvencija.

4) (b) "Electronic communication" means any communication that the parties make by means of data message.

(c) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange, electronic mail, telex or telecopy.

5) Vidjeti detaljnije kod Matić, Tin: Elektronički oblik arbitražnog ugovora (prema Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine), Pravna misao br. 1-2, Sarajevo, 2016., str. 12.-18.

6) Za argumentaciju za hrvatsko pravo vidjeti kod Matić, Tin: Elektronički oblik arbitražnog ugovora u knjizi Liber Amicorum in honorem Vilim Gorenc, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka 2014., str. 431-435.

7) Vidjeti detaljno kod Matić, Tin: Internet – pravo na komunikaciju i informaciju u odnosu na sigurnosnu mjeru zabrane pristupa Internetu iz Kaznenog zakona RH, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2013, br. 1, str. 29.

to se događa da su korisnici elektroničke pošte međusobno povezani putem posredničkog kompjutorskog sustava ili mreže, odnosno putem interneta.⁸

Hrvatski Zakon o elektroničkim komunikacijama⁹ koristi termin elektronička pošta¹⁰ i pri tome ga definira u čl. 2. kao svaku tekstovnu, glasovnu, zvučnu ili slikovnu poruku odaslanu javnom komunikacijskom mrežom, koja se može pohraniti u mreži ili u terminalnoj opremi primatelja poruke sve dok je primatelj ne preuzme. Za razliku od ove definicije, prijašnji Zakon o telekomunikacijama¹¹ definirao je elektroničku poštu kao bilo koju tekstualnu, glasovnu, zvučnu ili slikovnu poruku poslanu putem javne telekomunikacijske mreže, koja se može pohraniti u telekomunikacijskoj mreži ili u terminalnoj opremi primatelja poruke sve dok je primatelj ne preuzme. Razlika je u tome što se umjesto termina telekomunikacijska mreža u novom zakonu koristi termin komunikacijska mreža jednako i dosljedno kao u cijelom novom zakonu, s tim da komunikacijska mreža u smislu ovog zakona predstavlja elektroničku komunikacijsku mrežu.¹² Sukladno gornjem, sadržaj pojma elektroničke pošte nije promijenjen, samo se u definiranju koristi moderniji, prilagođeniji i vjerojatno, točniji termin.

Logičkom analizom lako je utvrditi da je termin elektronička komunikacija širi od termina elektronička pošta te da je stoga elektronička pošta samo jedan poseban oblik elektroničkog načina komuniciranja koji je kao takav izričito prepoznat i definiran u hrvatskom pravnom sustavu od donošenja Zakona o telekomunikacijama 2003. godine. Termin elektronička komunikacija koristi se i u čl. 4. toč. b/ UN CEC, a ne telekomunikacija, pa je stoga ovakav terminološki zahvat na tragu shvaćanja izraženih u Konvenciji.

Sukladno navedenom, pored pisma, teleksa, telefaksa i brzjava nesumnjivo bi elektroničku poštu trebalo uvrstiti kao samostalan termin i institut, odnosno sredstvo za sklapanje ugovora.

Ovako definirana elektronička pošta obuhvaća i elektroničku razmjenu podataka -EDI¹³ poruku pošto se EDI definira kao razmjena unaprijed predviđenih elektroničkih formata s vrlo ograničenom mogućnošću korištenja slobodnog teksta pa nesumnjivo ulazi u ovako definiranu elektroničku poštu. Naime, kako je ova definicija elektroničke pošte tehnološko-generičkog karaktera bitno je naglasiti da tehnološki nema razlike između EDI-ja i elektroničke pošte, iako se oni tradicionalno razlikuju u načinu funkcioniranja. Sukladno tome, svi učinci elektroničke pošte važe *ipso facto* i za EDI jer je EDI, prema ovoj definiciji nesamostalni pozitivnopravni pravni institut kojeg obuhvaća termin elektroničke pošte.¹⁴ Na ovaj način ne umanjuje se ni u čemu pravno značenje i

8) Vidjeti izvor u prethodnoj napomeni.

9) Zakon o elektroničkim komunikacijama - NN br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14.

10) Ali je to činio i prije njega važeći Zakon o telekomunikacijama.

11) Narodne novine RH 122/03, 158/03, 60/04, 70/05.

12) Čl. 2. toč. 23. Zakona o elektroničkim komunikacijama (Narodne novine RH 73/08, 90/11, 133/12, 80/13.) definira komunikaciju mrežu kao svaku obavijest koja je razmijenjena ili prenesena između konačnog broja sudionika putem javno dostupne elektroničke komunikacijske usluge, što ne obuhvaća obavijesti koje se prenose javnosti elektroničkom komunikacijskom mrežom u sklopu djelatnosti radija i televizije, osim obavijesti koje se mogu povezati s odredivim pretplatnikom ili korisnikom usluga koji ih prima.

13) EDI –skraćena od engleskog jezičnog izraza electronic data interchange, korištenje engleske skraćene uobičajeno je i izvan engleskog govornog područja.

14) O EDI-ju vidjeti detaljno Matić, Tin: Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Zagreb, 2010., te Mitrakis, Andreas: Open EDI and Law in Europe, Kulwer Law International, Hag-Boston-London, 1997.

relativna pravna samostalnost EDI-ja¹⁵ kao specifičnog oblika elektroničkog komuniciranja, već mu se samo osigurava, iz generičke pozicije, pravna izvjesnost kao i pravna sigurnost stvaranja pravnih učinaka. Naime, UNCITRAL-ov Model zakon o elektroničkoj trgovini iz 1996. s dopunama iz 1998.¹⁶ godine u čl. 2. određuje kao elektroničke oblike trgovanja one u kojima se poruke izmjenjuju i čuvaju u elektroničkom obliku i koje predstavljaju EDI (*electronic data interchange* - elektronička razmjena podataka), elektronička pošta, teleks, telegram i telefaks. EDI se određuje kao samostalni način elektroničkog komuniciranja pa je o tome nužno voditi računa prilikom određivanja pravnog položaja ovog instituta. Isto tako EDI kao samostalan način elektroničkog komuniciranja prepoznaje i Konvencija UN CEC u čl. 4. st. 1. c)¹⁷ iako ne sadrži definiciju EDI-ja kao što je to činio Model zakon u čl. 2.¹⁸ Ovakav postupak hrvatskog Zakona o elektroničkim komunikacijama nije neobičan jer, tehnološki gledano, između elektroničke pošte i EDI-ja nema razlike, a što pokazuje u shvaćanju i UN CEC jer ne definira posebno EDI, kako je to činio Model zakon o elektroničkoj trgovini, već EDI tretira kao jedan od oblika elektroničke komunikacije – podatkovne poruke. Oboje, e-pošta i EDI, uključuje komuniciranje između, odnosno putem računala; razlika je u strukturi razmijenjenih poruka te u ponašanju, odnosno programiranju računala prilikom slanja i primanja poruka. Razlika je, dakle, funkcionalna, a ne generička. Elektronička pošta sadrži slobodni tekst, EDI poruke su strogo formatirane i u njima, u pravilu nema slobodnog teksta. Prilikom korištenja (zatvorenog) EDI-ja računala redovito međusobno sama komuniciraju, programirana na takvo postupanje, jer su razmijenjene poruke, koje su strogo formatirane, sposobne za obradu putem računala i njegovu reakciju bez ljudske intervencije, dok elektronička pošta, jednako kao i tradicionalna papirna pošta, zahtijeva neposrednu ljudsku obradu i reakciju. Kod elektroničke pošte, komunikacija između računala je zapravo jednosmjerna, tj. nema automatske i promptne reakcije računala primatelja poruke, odnosno nema uopće reakcije na primljenu poruku dok se izravno i konkretno ne uključi "ljudski faktor."

Isto tako, mada elektronička pošta nije izričito definirana kao termin unutar Zakona o komunikacijama BiH¹⁹, već je ostala definirana unutar termina telekomunikacijskih usluga, nema nikakvog razloga da se potreba prepoznavanja elektroničke pošte kao samostalnog načina elektroničkog komuniciranja ne bi definirala i unutar pravnog sustava BiH te da se ne bi postupilo jednako kao što je predloženo i za situaciju u Hrvatskoj.

No, unatoč tome Zakon o komunikacijama BiH ima „pričuveni“ regulatorni i interpretativni mehanizam kada se u čl. 2. st. 1. navodi da svi izrazi, koji se koriste u ovom zakonu imaju značenje koje im se daje u pravilima i preporukama Međunarodne unije

15) U okvirima UNCITRAL-a utvrđen je Model zakon o elektroničkoj trgovini iz 1996. godine, s dopunama iz 1998. godine. Ovaj model zakon u čl. 2. određuje kao elektroničke oblike trgovanja one gdje se poruke izmjenjuju i čuvaju u elektroničkom obliku i koje predstavljaju EDI (elektronička razmjena podataka), elektronička pošta, teleks, telegram i telefaks.

16) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, dostupno www.un.or.at/uncitral/english/texts/electcom/ml-ec.htm, posljednji pristup 30.9.2014.

17) Podatkovna poruka označava podatke koji su kreirani, poslani, primljeni ili pohranjeni elektroničkim, magnetskim, optičkim ili sličnim putem, uključujući, ali ne ograničavajući se na elektroničku razmjenu podataka, elektroničku poštu, telegram, teleks ili telefaks.

18) (b) "Electronic data interchange (EDI)" means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information;

19) Zakon o komunikacijama BiH, Službeni glasnik BiH br. 31/03, 75/06, 32/10, 98/12.

za telekomunikacije, odnosno preporukama Konferencije europskih uprava pošta i telekomunikacija, prema danom trenutku. Na ovaj način svi termini mogu biti definirani i protumačeni prema međunarodno prihvaćenim standardima, uključujući termin elektroničke pošte. Tako npr. posredno zakonodavstvo BiH može posredno definirati čak i preporučenu elektroničku poštu kroz standard ETSI:²⁰ETSI TR 102 605 V1.1.1 (2007-09).²¹

Na ovaj je način zakonodavstvo BiH na jedan fleksibilan, mada neuobičajen, način prihvatilo reguliranje osnovnih pojmova ove tematike na međunarodno visokoj razini te otklonilo potrebu stalnog usuglašavanja zakona sa standardima (tehnološkim pa posljedično tome i onda pravnim) koji nastaju uslijed tehnološkog razvoja.

Međutim, unatoč tome Zakon o elektronskom/elektroničkom pravnom i poslovnom prometu BiH²² posredno definira elektroničku poštu unutar termina elektroničke poruke iz čl. 3. st. 2.²³ Zakona iz kojeg proizlazi da je to prijenos niza podataka, koji su poslani ili primljeni na elektronički način. Zakon ne govori o prirodi tih podataka pa znači da to može biti svaki oblik podatka odnosno zapisa, dakle može biti zapis teksta, ali i slike ili zvuka. Isto tako ZEPPP razlikuje elektroničku razmjenu podataka od elektroničke pošte što hrvatski zakon ne čini, iako ne definira u čemu je razlika, ali naglašava da su obje obuhvaćene istom tehnologijom te da su generički iste. Kada se razmatra sadržaj zakona iz ove perspektive proizlazi zapravo da je sadržaj ZEPPP-a primjereniji elektroničkoj terminologiji, jer razlikuje EDI i e-mail, ali i jer koristi termin „elektronički način“, a ne telekomunikacijski način, čime se zapravo uskladio sa suvremenim terminološkim opredjeljenjima u ovom području.

Izravne pravne definicije *e-maila* nema u ZEPPP-u, jednako kao što nema definicije pisma u ZOO-u. Međutim, ZEPPP u čl. 3. st. 1. toč. b) definira elektroničku poruku kao širi pojam od e-pošte; kao niz podataka, koji su poslani ili primljeni na elektronički način, što uključuje prije svega elektroničku razmjenu podataka i elektroničku poštu. Kada se ova definicija okrene obrnuto, može se zaključiti da je elektronička pošta vrsta elektroničke poruke (*genus*) koja se sastoji od niza podataka koji su poslani ili primljeni na elektronički način (do sada je definicija ista kao kod EDI poruke) i koji sadrže slobodni tekst sadržaja poruke (u ovom dijelu postavlja se razlika – *differentia specifica* u odnosu na EDI poruke vodeći računa o njihovoj faktičnoj elektroničkoj prirodi).

Definicija ne razlikuje tekst same poruke od priloga poruci pa bi se trebalo zaključiti da oni čine cjelinu. Naime, poruka može biti prazna, bez teksta, ali sadržaj poruke može biti sadržan u prilogu poruke. U tom slučaju prazna poruka podsjeća na omotni-

20) ETSI, the European Telecommunications Standards Institute (Europski Institut za telekomunikacijske standarde), produces globally-applicable standards for Information and Communications Technologies (ICT), including fixed, mobile, radio, converged, broadcast and internet technologies. It is officially recognized by the European Union as a European Standards Organization. The high quality of our work and our open approach to standardization has helped us evolve into a European roots - global branches operation with a solid reputation for technical excellence. ETSI is a not-for-profit organization with more than 750 ETSI member organizations drawn from 63 countries across 5 continents world-wide. – dostupno na <http://www.etsi.org/>, pristup 9.1.2016.

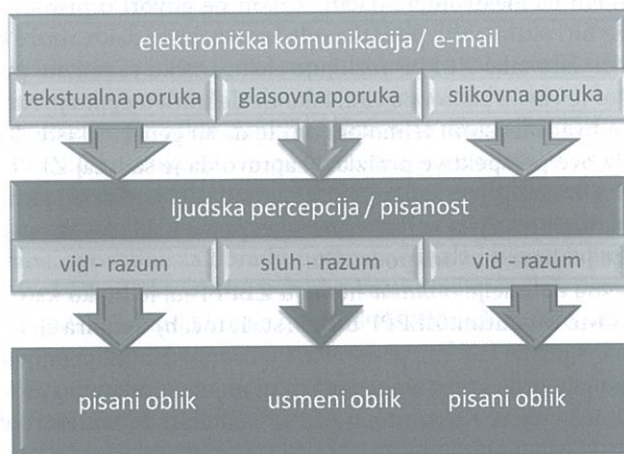
21) Vidjeti sadržaj standarda s nazivom Electronic Signatures and Infrastructures (ESI); Registered E-mail: dostupno na http://ipsec.pl/files/ipsec/Archiwum/tr_102605v010101p.pdf, posljednji pristup 30.9.2014.

22) Službeni glasnik BiH br. 88/07, koristi se dalje skraćenica ZEPPP.

23) Elektronička poruka: niz podataka, koji su poslani ili primljeni elektronički način, što uključuje prije svega elektroničku razmjenu podatka i elektroničku poštu.

cu pisma, sadrži samo ime pošiljatelja i primatelja kao i omotnica, a sadržaj se nalazi u dopisu umetnutom u omotnicu odnosno ovdje u prilog elektroničke poruke e-pošte. Iz navedenog moglo bi se zaključiti da je za pravni učinak sadržaja poruke nebitno nalazi li se on u samoj poruci ili u prilogu poruke - on proizvodi isti pravni učinak. Sukladno navedenom isprava može biti prenošena elektroničkom poštom, a isto tako i njezin izvornik, kako u samom sadržaju poruke tako i njezinom prilogu.

Međutim, upitno je proizvodi li identičan pravni učinak elektronička pošta (poruka) bez obzira sadrži li u sebi tekstualni, glasovni ili slikovni zapis. Naime, svaki od ovih oblika nesumnjivo predstavlja elektronički zapis, no u ljudski perceptivnom smislu ne očituju se na jednak način. Tako tekstualni način predstavlja pisani tekst prikazan na zaslonu računala - spoznaje se vidom i racionalno, glasovni predstavlja reprodukciju određene glasovne poruke - spoznaje se sluhom i racionalno te slikovni predstavlja reprodukciju određene slike - spoznaje se vidom i racionalno.



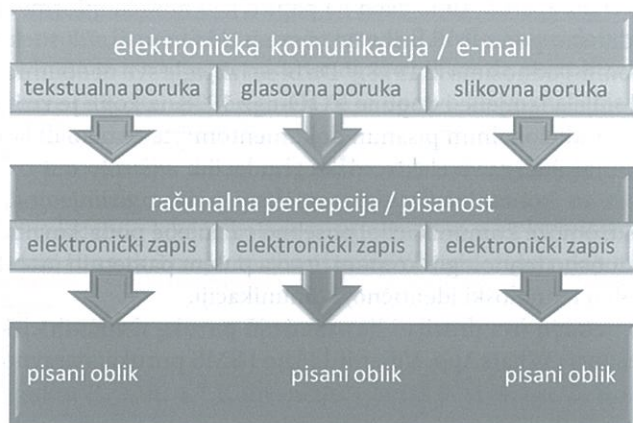
Grafički prikaz br. 1
Elektronička komunikacija – e-mail u ljudskoj percepciji

U svakom slučaju, radi se o elektronički zapisanoj (pisanoj) poruci i kao takvoj o (elektroničkoj) pisanoj poruci. Međutim nije jasno predstavlja li glasovna poruka kao elektronički zapis pisanu poruku jednako kao i svaka druga tekstualna poruka u obliku elektroničkog zapisa. Naime, ako je kriterij pisanosti ljudska percepcija, onda to nije pisana poruka, već reprodukcija glasovne poruke pa stoga i usmeni oblik komunikacije. Ako je kriterij pisanosti kriterij elektroničke zapisanosti (elektronički zapis), uz uvjet da je razumljiv - perceptivan ljudima u bilo kojem obliku percepcije (vid ili sluh), tada bi to bio pisani oblik komunikacije. Jasno je da o izboru kriterija ovisi hoće li se neka poruka smatrati pisanom ili ne sa svim pravnim posljedicama. Ako navedeno sada i izaziva dileme, vjerojatno će u skoroj budućnosti biti prihvaćen kriterij elektroničke zapisanosti uz uvjet ljudske perceptivnosti. Prema shvaćanju izraženom u zakonu SAD-a o elektroničkom potpisu (*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*)²⁴ u Sub-

24) PUBLIC LAW 106-229. June 30, 2000, Authenticated US Government Information – GPO, dostupno na www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106pub/229/pdf/PLAW-106publ/229.pdf, pristup 10.4.2015., prijevod s engleskog je autorov.

sec. 6 Sec. 1. stoji: Govorna komunikacija – Verbalna (govorna, usmena) komunikacija ili snimka verbalne komunikacije neće se smatrati elektroničkim zapisom za svrhe ove subsekcije, osim ako nije drugačije određeno mjerodavnim pravom. Iz ovog bi se moglo zaključiti da se još uvijek praktički univerzalno (dominantno ili čak isključivo) primjenjuje kriterij tradicionalne pisanosti.

Kod slikovne poruke radi se zapravo o istoj situaciji kao kod tekstualnog zapisa, uz uvjet da slika prenosi odgovarajući (tekstualni) sadržaj, pa ona ne izaziva dilemu niti sada.



Grafički prikaz br. 2
Elektronička komunikacija – e-mail u računalnoj percepciji

Slijedom gornjeg očito je da moguće u elektroničkom obliku zapisa stvoriti izvornik i glasovne poruke u obliku digitalnog zapisa bez obzira što je ona u ljudski perceptivnom obliku isključivo auditivna. U sadašnjem stupnju razvoja prava i tehnologije nije poznat termin izvornika usmenog zapisa jednako kao što ne postoji niti isprava u auditivnom perceptivnom obliku, pa stoga sada možemo govoriti o prijenosu izvornika isprave u obliku digitalnog zapisa, isključivo kada njezin ljudski perceptivni oblik može biti samo slika ili tekst ili kombinacija tih dvaju elemenata.

3. Telefaks (faksimil)²⁵ i druge slične tehnologije

Ova komunikacijska tehnologija jednostavno omogućuje razmjenu nestrukturirane, neformatirane, nestandardizirane informacije, dakle slobodnog teksta, jednako kao i kod elektroničke pošte. Stoga sve napomene izrečene za elektronsku poštu, *mutatis mutandis*, vrijede i za telefaks,²⁶ s time da se kao nosač poruke, odnosno sadržaja ili informacije, može javiti papir i elektronički medij. Kada se kao nosač informacije javlja elektronički medij, ta se tehnologija izjednačuje tehnologiji elektroničke pošte pa time i

25) Detaljno o ovoj komunikacijskoj tehnologiji vidjeti kod Matić, Tin; Pravo virtualnih pravnih odnosa – Elektronička trgovina, Narodne novine, Zagreb, 2012., str. 10.-12. Ovdje se daje samo sumarni prikaz sukladno navedenom izvoru, a za cjelokupni prikaz tehnologije upućuje se također na navedeni izvor.

26) Vidjeti detaljnije Wright, Benjamin: The Law of Electronic Commerce, EDI, E-mail, and Internet: Technology, Prof, and Liability, 2. edition, Little, Brown and Company, par. 1:4.

njezinoj pravnoj regulaciji.²⁷ U slučaju kada samo pošiljalatelj koristi računalno kao medij prijenosa, a primatelj primi poruku na telefaks aparatu na papiru, situacija je zapravo identična običnom komuniciranju putem telefaksa. U obrnutom slučaju, kada pošiljalatelj otpošalje poruku kroz telefaks aparat, a primatelj je primi na računalu, učinak je identičan kao kod elektroničke pošte. Međutim, iznimno je važno konstatirati da svaka od tih poruka, ma kako bila otposlana i primljena, mora proizvoditi isti pravni učinak, što je nužno za ostvarenje potrebne pravne sigurnosti.

Poslovna praksa prihvatila je telefaks poruku (koja je odasлана s telefaks aparata ili računala na telefaks aparat i time dana na papiru kao nosaču informacije) kao pisani oblik ugovora, odnosno ponude ili prihvata, a sve u skladu sa čl. 72. st. 4. Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima iz 1978.²⁸ Da bi se izbjegle sve nedoumice, u BiH je Republika Srpska donijela izmjene i dopune ZOO-a iz 1978. iz kojih je izričito vidljivo da se telefaks smatra tradicionalnim pisanim dokumentom²⁹ te se tako uklapa u postojeću regulaciju, ne zahtijevajući novu elektroničku regulaciju.

Pravila važeća za komunikaciju elektroničkom poštom primjenjuju se i kod drugih sredstava elektroničke komunikacije, posebno razmjene podatkovnih poruka u tzv. M-tehnologiji, odnosno tehnologiji komuniciranja putem pametnih mobilnih telefona s obzirom da se radi o tehnološki identičnoj komunikaciji.

Tako se primjenjuju ova pravila i na razmjenu poruka različitih elektroničkih komunikacijskih sustava (WhatsApp, Viber itd.) kao i SMS poruka, naravno, *mutatis mutandis*.

4. Izvornik (original) u elektroničkom obliku

Treći element forme (pored pisanosti i potpisa) koji mnogi propisi postavljaju za određene pravne poslove ili isprave jest njihovo postojanje u obliku izvornika. Original se u pravilu traži kako bi se moglo imati povjerenje u ispravu. Za original se podrazumijeva da je neizmijenjen u odnosu na izvorni sadržaj, pa da je tako i u elektroničkom okruženju prenesen neizmijenjen. Često puta original je od značaja zbog svrhe dokazivanja. Tako u pravu SAD-a pravilo dokazivanja *Original Document Rule* traži prezentaciju izvornika isprave u slučaju dokazivanja pisanog dokumenta.³⁰ Stoga u Jednoobraznom zakonu za elektroničke transakcije SAD-a³¹ niti nema definicije originala. U kontek-

27) Tako Matić, Tin; Pravo virtualnih pravnih odnosa – Elektronička trgovina, Narodne novine, Zagreb, 2012., str. 11.

28) Zahtjev pismene forme ispunjen je kao strane izmijenjaju pisma ili se sporazumiju teleprinterom ili nekim drugim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davalac izjave. Telefaks je dakle to „neko drugo sredstvo“.

29) Zakon o dopunama Zakona o obligacionim odnosima, Službeni glasnik Republike Srpske br. 74/2004 Član 1.

U članu 40. Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ”, broj 27/78 i „Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 17/93), iza stava 2. dodaje se novi stav 3. koji glasi: „Narudžbenica poslana faksom smatraće se pisanom ponudom.”

30) US Federal Rule of Evidence 1002 „Requirement of Original” – „...to prove the content of a writing, recording or photograph, the original writing, recording, or photograph is required, except as otherwise provided in these rules or by act of Congress”, Law Cornell, dostupno na https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_1002, pristup 10.6.2015.

31) Jednoobrazni zakon za elektroničke transakcije SAD-a- UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT (UETA) (1999), dostupno na http://www.uniformlaws.org/shared/docs/electronic%20transactions/ueta_final_99.pdf (posljednji pristup 30. lipnja 2014.), dalje se u pravilu koristi skraćenica UETA

stu elektroničkih komunikacija zahtjev za prezentacijom izvornika dokumenta može uzrokovati značajne poteškoće. Naime, ukoliko izvornik definiramo kao medij na kojem je informacija fiksirana po prvi put, bilo bi zapravo nemoguće govoriti o izvorniku elektroničke komunikacije, s obzirom na to da primatelj uvijek prima zapravo kopiju elektroničke komunikacije. Tehnički govoreno, kada su isprave u elektroničkom obliku, original u tradicionalnom shvaćanju zapravo ne postoji.³² Naime, u slučaju da je isprava kreirana u računalu, tada je to prvi put u RAM-u (*random access memory*).³³ Spremanje tog dokumenta na *hard* disk kao i na svako drugo ili naredno spremanje u elektroničkom obliku ili zapisu zapravo rezultira samo kopijama isprave nastale izvorno u RAM-u. Nasuprot tome, isprava ostaje sačuvana u RAM-u samo dok računalo nije isključeno, kada se briše iz RAM-a. Iz navedenog je vidljivo da postoji značajan problem originalnosti isprave te nastanka originala te je upravo zbog značenja ovog problema Konvencija pokušala otkloniti ga.³⁴

U elektroničkom okružju, dakle, originalna se poruka ne može razlikovati od kopije, jer nema vlastoručnog potpisa i nije na papiru. Potencijal za eventualno krivotvorenje je relativno velik zbog lakoće kojom se informaciju u elektroničkom obliku može presresti i izmijeniti bez otkrivanja, te zbog brzine obrade višestrukih transakcija.

5. Izvornik prema Konvenciji – moderni pristup

Izvornik regulira čl. 9. st. 4.³⁵ Konvencije. Članak 9. st. 4. i st. 5. Konvencije zasno-

32) Tako i Smedinghoff, Thomas, J., u knjizi Boss, H. Amelia i Kilian, Wolfgang.: *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*, Wolters Kluwer, Austin etc., 2008., str. 157.

33) Memorija proizvoljnog, slučajnog pristupa. Vrsta računalne memorije kojoj se može pristupiti po volji, dakle proizvoljno ili slučajno. Bilo kojem bajtu memorije može se pristupiti bez diranja prethodnog bajta. RAM je najčešća vrsta memorije koja se može naći u računalima i drugim uređajima, kao što su, primjerice, pisači. Postoje dvije osnovne vrste RAM-a: 1. dinamički RAM (DRAM) i 2. statički RAM (SRAM). Ove dvije vrste se razlikuju prema tome kako koriste i održavaju podatke, a dinamički RAM je češći tip. Dinamički RAM treba osvježavati tisuću puta u sekundi. Statički RAM ne treba osvježavati, što ovakvu memoriju čini bržom ali i skupljom od dinamičkog RAM-a. Obje vrste RAM-a su izbrisive, što znači da gube sadržaj kada se isključi napajanje električnom strujom. U uobičajenom korištenju, pojam RAM je sinonim za glavnu memoriju, tj. memoriju dostupnu programima. – Panian, Željko: *Informatički enciklopedijski rječnik*, Europapress holding d.o.o., Zagreb, str. 132.

34) Tako i Smedinghoff, Thomas, J., u knjizi Boss, H. Amelia i Kilian, Wolfgang., *Ibid*, str. 157.

35) Članak 9. Valjanost oblika

1. Ništa u ovoj Konvenciji ne obvezuje na bilo kakav određen oblik komunikacije ili ugovora kao i načina njihovog dokazivanja.
2. Ukoliko mjerodavno pravo propisuje da komunikacija ili ugovor treba biti u pisanom obliku, odnosno propisuje posljedice u slučaju nedostatka pisanog oblika, smatrati će se da tom uvjetu udovoljava elektronička komunikacija ako podaci navedeni u njoj mogu biti dostupni za buduće korištenje u istom sadržaju.
3. Ukoliko mjerodavno pravo nalaže da komunikacija ili ugovor bude potpisan, odnosno propisuje posljedice u slučaju nedostatka potpisa, elektronička komunikacija udovoljava tom uvjetu ako se :
 - (a) koristi metodom kojom se utvrđuje identitet strane i njezina namjera u odnosu na podatke sadržane u elektroničkoj komunikaciji; i
 - (b) korištena metoda je ili:
 - (i) pouzdana i odgovarajuća za potrebe iz kojih je elektronička komunikacija nastala ili prenesena, u svjetlu svih okolnosti, uključujući bilo koji relevantni sporazum; ili
 - (ii) faktično dokazuje da ispunjava funkcije iznesene u stavku (a) gore, sama po sebi ili uz daljnje dokaze. (prijevod s engleskog je autorov).
4. Ukoliko mjerodavno pravo propisuje da komunikacija ili ugovor bude dostupan odnosno zadržan u izvornom obliku, odnosno propisuje posljedice u slučaju nedostatka izvornika, smatrati će se da elektronička komunikacija udovoljava tom uvjetu ako :

vani su na članku 8. Model zakona o elektroničkoj trgovini,³⁶ ali nemaju potpuno sukladnu regulaciju u Model zakonu o elektroničkim potpisima,³⁷ iako se sličnost rješenja ne može zanijekati.

Članak 9. st. 4. Konvencije stoga propisuje novo pravilo za elektronički funkcionalni ekvivalent izvornog dokumenta. Tako propisuje da elektronička komunikacija ispunjava zakonski uvjet izvornika odnosno ukoliko mjerodavno pravo propisuje da komunikacija ili ugovor bude dostupan odnosno zadržan u izvornom obliku (izvorniku), odnosno propisuje posljedice u slučaju nedostatka izvornika, pa će se smatrati da elektronička komunikacija udovoljava tom uvjetu ako ispunjava ove uvjete:

I/ Postoji pouzdana razina sigurnosti u odnosu na integritet podataka koje sadrži od vremena kad je prvi puta kreirana u konačnom obliku, kao elektronička ili neka druga komunikacija; (**uvjet integriteta**) i

II/ Ukoliko se zahtijeva da podaci koje sadržava budu dostupni, tada se ti se podaci trebaju moći predočiti (odgovarajućoj) osobi kojoj trebaju biti učinjeni dostupnim (**uvjet dostupnosti**).

I/**Integritet** iz čl. 9. stavka 4(a) odnosi se na integritet informacije od vremena kada je prvi put stvorena do njezine završne forme. Ova odredba regulira i situaciju kada je isprava prvi put sačinjena u paprnatom obliku, ali je kasnije „prenesena“ u računalni.³⁸ Kao kriterij procjene integriteta utvrdit će se jesu li podaci zadržani cjeloviti i nepromijenjeni, izuzevši bilo kakve dodatke ili promjene koje proizlaze iz uobičajenog tijeka komunikacije, pohrane te prikazivanja prema čl. 9. st. 5.(a), a u svakom slučaju potrebn standard pouzdanosti bit će utvrđen u svjetlu svrhe u koju su podaci kreirani te u svjetlu svih relevantnih okolnosti prema čl. 9. st. 5.(b). Na ovaj način primjenom tumačenja odredbe čl. 9. st. 5.(b) ponovno se shvaća da je sigurnost relativna te da varira ovisno o okolnostima svakog pojedinog slučaja.

(a) Postoji pouzdana razina sigurnosti u odnosu na integritet podataka koje sadrži od vremena kad je prvi puta kreirana u konačnom obliku, kao elektronička ili neka druga komunikacija; i

(b) Ukoliko se zahtijeva da podaci koje sadržava budu dostupni, tada se ti se podaci trebaju moći predočiti osobi kojoj trebaju biti učinjeni dostupnim.

5. Za potrebe stavka 4 (a):

(a) Kao kriterij procjene integriteta utvrdit će se jesu li podaci zadržani cjeloviti i nepromijenjeni, izuzevši bilo kakve dodatke ili promjena koje proizlaze iz uobičajenog tijeka komunikacije, pohrane te prikazivanja; i

(b) Traženi standard pouzdanosti bit će utvrđen u svjetlu svrhe u koju su podaci kreirani te u svjetlu svih relevantnih okolnosti.

36) Article 8. Original (1) Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if: (a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and (b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented. (2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being presented or retained in its original form. (3) For the purposes of subparagraph (a) of paragraph (1): (a) the criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and (b) the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances. (4) The provisions of this article do not apply to the following: [...]. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998., UNITED NATIONS PUBLICATION Sales No. E.99.V.4 ISBN 92-1-133607-4., str. 6.

37) Tako i Thomas J. Smedinghoff, Thomsa J., u knjizi Boss, H. Amelia i Kilian, Wolfgang, Ibid, str. 140.

38) Tako i Smedinghoff, Thomas J., u knjizi Boss, H. Amelia i Kilian, Wolfgang, Ibid, str. 159.

II/ Dostupnost iz čl. 9 stavka 4(b) odnosi se na dostupnost isprava i podataka (odgovarajućoj) osobi kojoj trebaju biti učinjeni dostupnim nakon vremena nastanka isprave, odnosno komunikacije. Ovo pitanje ostaje otvoreno i zbog promjena u tehnologiji. Naime, u slučaju promjene tehnologije, ili tehnološke ograničenosti trajanja određenog elektroničkog zapisa, kako bi se zadržavao ovaj uvjet u svakom slučaju, nužno je „prebacivanje“ informacije iz jednog (starijeg, kratkotrajnijeg, nestabilnijeg,³⁹ izvan upotrebe) u drugi, noviji sustav⁴⁰ koji se koristi ili je barem iskoristiv u vrijeme ponovnog pristupanja.

S obzirom na regulacije Konvencije očigledno je zapravo da je nužno svaku praktičnu situaciju procjenjivati zasebno, a što može izazvati probleme i praksi koja ipak traži jednostavnost i transparentnost regulacije. Naravno da bi najjednostavnije bilo utvrditi da navedene uvjete ispunjava dokument koji je potpisan (naprednim/sigurnim) elektroničkim potpisom (kao što čine hrvatski Zakon o elektroničkoj ispravi⁴¹ i bosanskohercegovački Zakon o elektronskom/elektroničkom dokumentu⁴²) i koji ima vremenski žig/pečat. No, to bi bila najviša razina sigurnosti, i u tom slučaju svaki dokument opskrbljen s ta dva elementa trebao bi imati status izvornika. Naravno, Konvencija želi ublažiti ove kriterije pa opisno postavlja kriterije koje mogu zadovoljiti i puno niže razine sigurnosti autentifikacije poruke sukladno stvarnim potrebama.

Članak 12.(d)⁴³*Uniform Electronic Transactions Act* SAD-a regulira pitanje izvor-

39) Primjerice zapis na disketi kratkotrajniji je i izloženiji propadanju nego zapis na hard disku računala.

40) Tako i Smedinghoff, Thomas J., u knjizi Boss, H. Amelia i Kilian, Wolfgang, Ibid, str. 160.

41) Članak 9.

(1) Svaki pojedinačni primjerak elektroničke isprave koji je potpisan elektroničkim potpisom smatra se u smislu ovoga Zakona izvornikom.

42) Narone novine Republike Hrvatske br. 150/2005. U daljnjem tekstu koristi se skraćenica ZEI, Članak 8.

Svaki pojedinačni primjerak elektroničkog dokumenta potpisan elektroničkim potpisom smatra se, u smislu ovog zakona, izvornikom.

Zakon o elektronskom/elektroničkom dokumentu BiH, Službeni glasnik BiH br. 58 od 28.7.2017., u daljnjem tekstu koristi se skraćenica ZED. Napominje se da je donesen i Zakon o elektroničko,/elektronskom dokumentu Federacije BiH - Službene novine Federacije BiH 55/13, te Zakon o elektronskom/elektroničkom dokumentu Republike Srpske, Službeni glasnik RS 110/08. Bitnih razlika u tekstovima zakona nema. Ovdje se ne upuštamo u ustavnopravna pitanja ovlaštenja za donošenje ovakvih zakona bilo na razini države ili na razini entiteta. Vidjeti detaljno kod Bevanda, Marko: Obveznopravno uređenje u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet u Mostaru, Mostar, 2013., str. 150.-151.

43) SECTION 12. RETENTION OF ELECTRONIC RECORDS; ORIGINALS.

(a) If a law requires that a record be retained, the requirement is satisfied by retaining an electronic record of the information in the record which:

(1) accurately reflects the information set forth in the record after it was first generated in its final form as an electronic record or otherwise; and

(2) remains accessible for later reference.

(b) A requirement to retain a record in accordance with subsection (a) does not apply to any information the sole purpose of which is to enable the record to be sent, communicated, or received.

(c) A person may satisfy subsection (a) by using the services of another person if the requirements of that subsection are satisfied.

(d) If a law requires a record to be presented or retained in its original form, or provides consequences if the record is not presented or retained in its original form, that law is satisfied by an electronic record retained in accordance with subsection (a).

(e) If a law requires retention of a check, that requirement is satisfied by retention of an electronic record of the information on the front and back of the check in accordance with subsection (a).

(f) A record retained as an electronic record in accordance with subsection (a) satisfies a law requiring a person to retain a record for evidentiary, audit, or like purposes, unless a law enacted after the effective date of this [Act] specifically prohibits the use of an electronic record for the specified purpose.

(g) This section does not preclude a governmental agency of this State from specifying additional requirements for the retention of a record subject to the agency's jurisdiction.

nika isprave u elektroničkom obliku na sadržajno potpuno identičan način kao i čl. 9. st. 4. i 5. Konvencije. UETA je ovdje očito bila uzor regulacije Konvenciji. Pristup UETE i Konvencije ovom pitanju je vrlo sličan i zasnovan je na dva osnovna načela: integritetu i dostupnosti. Oba pravna akta prepoznaju kao osnovni ključ izvornosti isprave da informacija koja je sadržana u elektroničkoj poruci ne može biti izmijenjena.⁴⁴ Konvencija zahtijeva da postoji pouzdana sigurnost integritetu sadržaja elektroničke poruke od trenutka kada je prvi put generirana do njezine konačne forme.⁴⁵ UETA ne sadrži takvu izričitu odredbu, iako identični stav proizlazi iz stava cijelog pravnog akta te objašnjenja.⁴⁶ Na ovaj način Konvencija pokazuje napredak u odnosu na regulaciju UETE i kao takva zapravo sredstvo za izravnu interpretaciju ovih odredbi i shvaćanja UETE.

6. Izvornik i elektronički potpis

Međutim, elektronički dokument u praksi kao izvornik često biva vezan uz elektronički potpis, a što može proizlaziti posredno iz čl. 9. st. 4(a) Konvencije jer odgovarajući elektronički potpis potvrđuje traženi integritet poruke ili dokumenta.

Prateći ovakvo stajalište Komisija EU donijela je svoju odluku od 7.7.2004.⁴⁷ u kojoj u čl. 4. stoji:

1. Ako primjenjiva odredba Zajednice ili nacionalna odredba zahtijeva **potpisani izvornik** nekog dokumenta, elektronički dokument koji Komisija sastavlja ili zaprima udovoljava tom zahtjevu, ako dotični dokument **sadrži napredni elektronički potpis utemeljen na kvalificiranoj potvrdi** i koji je stvorio zaštićeni uređaj za izradu elektroničkog potpisa ili koji sadrži elektronički potpis koji daje funkcionalno istovjetna jamstva kao potpis.
2. Ako primjenjiva odredba Zajednice ili nacionalna odredba zahtijeva da dokument bude sastavljen u **pisanom obliku, ali bez potpisanog izvornika**, elektronički dokument koji Komisija sastavlja ili zaprima udovoljava tom zahtjevu, ako je osoba koja je autor dokumenta propisno identificirana, a dokument sastavljen pod uvjetima koji jamče cjelovitost njegovog sadržaja i relevantnih metapodataka, te ako je pohranjen u skladu s uvjetima iz članka 7(ove odluke).

Prema navedenom članku 7. (pohranjivanje) ove Odluke:

1. Komisija pohranjuje elektroničke i digitalne dokumente tijekom zahtijevanog razdoblja pod sljedećim uvjetima:
 - (a) dokument se pohranjuje u obliku u kojem je sastavljen, poslan ili zaprimljen ili u obliku koji ne čuva samo cjelovitost njegovog sadržaja, nego i relevantne metapodatke;⁴⁸

44) Tako i Boss, H. Amelia: The United States' Perspective on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, u knjizi Boss, H. Amelia i Kilian, Wolfgang, Ibid, str. 278.

45) Članak 9. st. 4.

46) Tako i Boss, H. Amelia: The United States' Perspective on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, u knjizi Boss, H. Amelia i Kilian, Wolfgang, Ibid, str. 278.

47) MEMORANDUM TO THE COMMISSION - Provisions on electronic and digitised documents
Memorandum from the President, Brussels, 7.7.2004 C(2004)2470 <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2004/EN/3-2004-2470-EN-1-0.Pdf>, pristup 11.5.2017., prijevod engleskog je autorov.

48) Metapodaci su podaci koji opisuju kontekst, sadržaj i strukturu dokumenta te upravljanje dokumentom tijekom vremena, kako je utvrđeno provedbenim pravilima za primjenu odredaba o upravljanju dokumentima i kako će biti dopunjeno provedbenim pravilima za primjenu ovih odredbi – čl. 3. toč. 8. ove Odluke.

(b) sadržaj dokumenta i relevantnih metapodataka mora tijekom cijelog razdoblja pohrane biti čitljiv svakoj osobi koja mu je ovlaštena pristupiti;

(c) što se tiče dokumenta koji je poslan ili zaprimljen elektroničkim putem, informacije pomoću kojih se može utvrditi podrijetlo, odredište, datum i vrijeme slanja ili zaprimanja dokumenta dio su minimalnih metapodataka koje treba sačuvati;

(d) što se tiče elektroničkih postupaka kojima upravljaju računalni sustavi, informacije o službenim fazama postupka treba pohranjivati pod uvjetima koji osiguravaju prepoznavanje tih faza te autora i sudionika.

Tehnički uvjeti sustava elektroničke pohrane podataka utvrđuju se detaljnim provedbenim pravilima iz članka 9.

Vrlo je važno uočiti, iako se ne radi o opće obvezujućoj regulativi EU-a, da se u navedenom članku govori o ispravama EU-a. Dakle, kada isprava mora biti potpisana, odnosno kada je potpis sastavni dio isprave (presuda, rješenje, odluka) tada ona mora biti potpisana u skladu sa st. 1. i samo tada ima status izvornika. Ukoliko se ne radi o ispravi koja propisom mora sadržavati potpis (dopis, ponuda, odgovor, prihvati) u tom slučaju nije nužno da isprava bude potpisana naprednim/sigurnim elektroničkim potpisom, već da ima odgovarajuću razinu sigurnosti autentifikacije u pogledu pošiljatelja odnosno stvaratelja i njezine cjelovitosti. Iz ovakvog stava vidljivo je da zapravo navedena odluka kao elektronički potpis tretira samo napredni elektronički potpis u smislu Direktive EU o elektroničkom potpisu⁴⁹, elektronički potpis dakle u užem smislu te koji osigurava najviši stupanj pravne sigurnosti i integriteta, ta da je tako izraženo shvaćanje znatno uže od onog u Konvenciji, tim više što Konvencija postavlja uvjete odnosno metodu za elektronički potpis, a Direktiva točno (tehnološki) definira što je elektronički potpis.

Pitanje potpisivanja službenih pismena i isprava moguće je predstaviti usporedbom propisa drugih zemalja. Tako je Odjeljak V austrijskog zakona *E-Government Gesetz*⁵⁰ (Savezni zakon o omogućavanju elektroničke komunikacije s tijelima državne uprave) – prihvatio u čl. 19. praktično identični stav i način regulacije.⁵¹ Shvaćanje odgovara čl. 4. st. 1. naprijed navedene odluke EK od 7.7.2004.⁵²

49) Direktiva 1999/93/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13.12.1999. o okviru Zajednice za elektroničke potpise, Službeni list Europskih zajednica br. L 13/12 od 19.1.2000. – Direktiva o elektroničkom potpisu.

50) Austrijske službene novine br. 10/2004., u primjeni od 1.3.2004.

51) Posebnosti vođenja elektroničkih spisa
Službeni potpis
Članak 19.

(1) Službeni potpis je napredni elektronički potpis u smislu Zakona o potpisu, čija je posebnost iskazana odgovarajućom osobinom u Certifikatu o potpisu.

(2) Službeni potpis služi lakšem prepoznavanju činjenice da dokument potječe od nalogodavca u javnom sektoru (upravnog tijela). Stoga, sukladno detaljnim uvjetima iz st. 3, jedino ga takvo tijelo smije i koristiti kod elektroničkog potpisivanja ili izrade dokumenata koje ono izdaje.

(3) Službeni se potpis unutar dokumenta prikazuje kao slika koju upravno tijelo, kao sigurno svoju sliku, objavljuje na Internetu. Nadalje, uz sliku, u elektroničkoj se verziji mora također prikazati barem serijski broj te naziv i zemlja porijekla ponuditelja usluge certifikacije kao i faktička vrijednost potpisa. Potpis se mora moći provjeriti konvertirajući čitav dokument u oblik koji dopušta provjeru potpisa. Dodatne informacije potrebne za vraćanje prikaza u elektronički oblik, izdavaatelj dokumenta dužan je također na siguran način objaviti na Internetu. – autorov prijevod s njemačkog.

52) Usput je za napomenuti da se elektronički potpis ne vezuje uz osobu (u tom tijelu), već isključivo uz državno tijelo, a što može biti prilično paradigmatično prilikom određivanja i zaključivanja oko mogućnosti potpisivanja pravnih osoba elektroničkim potpisom.

7. Regulativa Bosne i Hercegovine

Zakon o elektronskom/elektroničkom dokumentu Federacije BiH⁵³ u članku 8. određuje da se svaki pojedinačni primjerak elektroničkog dokumenta potpisan elektroničkim potpisom smatra, u smislu ovog Zakona, izvornikom. Elektronički dokument ne može imati kopiju u elektroničkom obliku. Ako ista osoba izradi dva ili više dokumenata istog sadržaja od kojih je jedan primjerak izrađen u elektroničkom obliku, a drugi na papiru, ti se dokumenti smatraju nezavisnim i u tim slučajevima dokument izrađen na papiru ne smatra se kopijom elektroničkog dokumenta. Isto tako čl. 11. ovog Zakona određuje da se u postupcima koji se vode pred nadležnim tijelima u upravnom postupku i arbitražama kao dokaz mogu koristiti i elektronički dokumenti. Prilikom ocjene ispravnosti elektroničkog dokumenta moraju se uzeti u obzir pojedinosti o njegovoj izradi, prijenosu, čuvanju, vjerodostojnosti i nepromjenljivosti.

Identičnu odredbu sadrži čl. 9. hrvatskog Zakona o elektroničkoj ispravi⁵⁴ prema kojem svaki pojedinačni primjerak elektroničke isprave koji je potpisan elektroničkim potpisom smatra se u smislu ovoga Zakona izvornikom. Elektronička isprava ne može imati elektroničku presliku (presliku u elektroničkom obliku). Ako ista osoba izradi dvije i više isprava istog sadržaja, od kojih je jedan primjerak izrađen u elektroničkom obliku, a drugi na papiru, te se isprave smatraju neovisnima. U tim slučajevima isprava izrađena na papiru ne smatra se preslikom elektroničke isprave. Također čl. 12. istog Zakona određuje da se u postupcima koji se vode pred tijelima javne vlasti i arbitražama kao dokaz mogu koristiti i elektroničke isprave. Kod ocjene ispravnosti elektroničke isprave moraju se uzeti u obzir pojedinosti o njenoj izradi, pohrani, prijenosu, čuvanju, vjerodostojnosti i nepromjenljivosti.

No, ZEPPP BiH ima u čl. 12. (Pravno djelovanje podataka u elektroničkoj formi) odredbu koja nešto šire ponavlja odredbu čl. 11. Zakon o elektronskom/elektroničkom dokumentu⁵⁵ pa određuje da se pravno djelovanje podataka u elektroničkoj formi i njihova upotreba kao dokaznog sredstva ne može isključiti zbog činjenice da su u elektroničkoj formi. Hrvatski Zakon o elektroničkoj trgovini⁵⁶ nema ovakvu odredbu.

Isto tako hrvatski ZET nema odredbu koja bi odgovarala odredbi čl. 13. ZEPPP-a koja zapravo korespondira ovom stavku čl. 9. Konvencije. Članak 13. (Čuvanje dokumenata, zapisa i podataka u elektroničkoj formi) na ovaj način zapravo posredno određuje izvornik privatne isprave tako da određuje da u slučaju kada zakon ili drugi propis određuje da se određeni dokumenti, zapisi ili podaci čuvaju, isti mogu čuvati u elektroničkom obliku:

- a) ako su podaci sadržani u elektroničkom dokumentu ili zapisu, dostupni i podešeni za kasniju upotrebu,
- b) ako su podaci sačuvani u obliku u kojem su bili formirani, poslani ili primljeni ili u drugom obliku koji vjerodostojno predstavlja formirane, poslane ili primljene podatke,

53) Službene novine FBiH 55/2013 od 17.7.2013.

54) Narodne novine RH br. 150/2005.

55) Zakon o elektronskom/elektroničkom dokumentu BiH - Službeni glasnik BiH od 28.7.2014. br. 58., skraćena ZED.

56) Zakon o elektroničkoj trgovini - Narodne novine (NN) br.173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14., skraćena ZET.

- c) ako je iz sačuvane elektroničke poruke moguće utvrditi od koga potiče, kome je poslana, te vrijeme i mjesto slanja ili prijema elektroničke poruke, i
- d) ako upotrijebljena tehnologija i postupci u dovoljnoj mjeri onemogućavaju izmjenu ili brisanje podataka, odnosno daju pouzdanu garanciju u pogledu nepromjenjivosti poruke.

Dakle, kada zakon ili drugi propis određuje da se određeni podaci predstavljaju ili čuvaju u izvornoj formi, smatra se da je elektronička forma odgovarajuća, ako su zadovoljeni uvjeti navedeni od a/ do d/.

Ova odredba praktički je sadržajno istovjetna odredbi čl. 9. st. 4. i 5. Konvencije, te svojim tekstom podsjeća na odredbu čl. 4. st. 2. i čl. 7. odluke EK od 7.7.2004. Hrvatsko pravo i pravo EU, odnosno Direktiva EU o elektroničkoj trgovini⁵⁷, nema ovakve odredbe. ZEPPP BiH preuzeo je u svoj članak 13. regulaciju iz čl. 8⁵⁸ Model zakona o elektroničkoj trgovini, a što Direktiva EU, pa posljedično tome i sva prava koja su (samo) nju implementirala, nisu učinili. Na ovaj način, s obzirom na to da je ova odredba Konvencije također generirana iz Model zakona o elektroničkoj trgovini, pravo BiH u modernijoj mjeri prati razvoj ovog pravnog područja te je isto tako kompatibilno s regulacijom Konvencije.

Iz navedenog je također vidljivo kako u BiH postoji sukob regulacije ZED-a i ZEPPP-a te da je stoga upitno koju odredbu primijeniti. Naime, u situacijama kada se izdaje isprava od državne ili institucije s javnim ovlastima elektroničkim putem, tada jasno treba primijeniti ZED. No, u regulaciji privatnopravnih odnosa vjerojatno bi bila primjerenija odredba ZEPPP-a. U komentarima hrvatskog Zakona o elektroničkoj ispravi⁵⁹ navodi se da se iz današnje perspektive čini da je vjerojatnije da je taj zakon trebao poslužiti više političkoj nego pravnoj svrsi, kao poželjan normativni paket dobrih želja i namjera bez čvrste veze s realnošću. Bilo bi mnogo korisnije da je pitanje elektroničke isprave, ako je uopće posebna regulacija digitalnog dokumenta zaštićenog naprednim

57) Direktiva 2003/31/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 1999 o nekim pravnim aspektima usluga informacijskog društva, posebno elektroničkoj trgovini na unutrašnjem tržištu, Službeni list Europskih zajednica L 178, 17/07/2000 p. 0001 – 0016, iz 2000. godine., Direktiva o elektroničkoj trgovini.

58) Članak 8. Model zakona o elektroničkoj trgovini:

Article 8. Original

(1) Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if:

(a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and

(b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented.

(2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being presented or retained in its original form.

(3) For the purposes of subparagraph (a) of paragraph (1):

(a) the criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and

(b) the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.

(4) The provisions of this article do not apply to the following: [...].

59) Zakon o elektroničkoj ispravi - NN br. 150/05.

elektroničkim potpisom potrebna, riješeno u okviru Zakona o elektroničkom potpisu te u okviru propisa koji reguliraju rad tijela državne uprave i drugih javnih tijela.⁶⁰ Bosanskohercegovački zakonodavac kao da je poslušao ove kritike te je uvrstio regulaciju elektroničke isprave u ZEPPP koji regulira elektroničku trgovinu. Stoga je ZED i ZEI trebalo ostaviti u domeni primjene državnih tijela u komunikaciji sa strankama, a privatnopravnu sferu ostaviti regulaciji zakona koji reguliraju elektroničku trgovinu. Stoga bi trebalo postaviti distinkciju u primjeni ZED-a i ZEI-ja na odnose između stranaka i državnih tijela, a privatnopravne isprave regulirati unutar propisa Zakona o elektroničkoj trgovini kao što je to učinio ZEPPP. Za RH ostaje problem što regulacije, kao što je ona iz ZEPPP-a, nema, no ovakav zaključak bi se mogao pravdati time što i hrvatski ZET ima odredbe o elektroničkim ispravama⁶¹ mada regulacija nije baš detaljna. No, shvaćanje iz čl. 13. ZEPPP-a BiH moglo bi se pokušati za hrvatsko pravo ipak izvesti iz općih odredbi Zakona o elektroničkom potpisu.⁶²

8. Izvornik elektroničke isprave – *de lege ferenda*

Mora se zaključiti da analizirani propisi unutar EU te BiH govore posredno o originalu elektroničkog dokumenta, osim ZED-a i ZEI-ja, a koji se ne bi trebali primjenjivati u privatnopravnoj sferi djelovanja. Sukladno gornjem moramo zaključiti zapravo da iz pozicije ovih prava odredbe Konvencije po prvi put jasno i nedvojbeno definiraju pojam i značenje izvornika elektroničke isprave privatnopravnog karaktera. Stoga u tom dijelu odredbe Konvencije predstavljaju poželjan sadržaj za inkorporaciju unutar pravnog sustava europskih država.

Dapače, europska kontinentalna procesna prava nemaju pravila o obveznom dokazivanju izvornikom ili/i određenje izvornika za tradicionalne pisane privatnopravne isprave pa stoga nema niti mogućnosti analogne primjene tih odredbi na elektroničke isprave. No, s obzirom na to da kontinentalni pravni sustavi počivaju na procesnopravnoj pretpostavci slobodnog dokazivanja i dokaznih sredstava, za očekivati je da ta pravila i nemaju. Međutim, kolikogod da je pitanje određenja izvornika relativno jednostavno za tradicionalne papirnate dokumente - jer to očito nije izazivalo dileme u praksi, kod elektroničkih dokumenta - to nije baš tako. Naime, trebalo bi jasno zauzeti stav što predstavlja izvornik privatnopravne elektroničke isprave, a što Konvencija pokušava ponuditi u svojoj odredbi čl. 9. st. 4. i 5. Ova pravila Konvencije kompatibilna su sa shvaćanjem izvornika u procesnom pravu SAD-a.

Prema Pravilu 1001. (američkih) Federalnih pravila o dokazivanju status originala elektroničkog dokumenta ima: (Izvornikom informacije spremljene na računalu smatra se):

1. čitljiv (perceptivni) prikaz informacije na zaslonu (ekranu) računala,
2. *hard drive* ili drugi izvor (nosač podataka) gdje je informacija spremljena (no pod uvjetom da može biti ljudski percipirana kao pod 1.)

60) Katulić, Tihomir, Katulić, Tihomir: Razvoj pravne regulacije elektroničkog potpisa, elektroničkog certifikata i elektroničke isprave u hrvatskom i poredbenom pravu, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, br. 4, Zagreb, 2011., str. 1339.-1378. str. 1375.

61) Poglavlje III Zakona nosi naziv – Elektronička isprava.

62) Zakon o elektroničkom potpisu - NN br. 10/02, 80/08, 30/14.

3. kao i svaki ispis ili prikaz koji je čitljiv (perceptivan) tako dugo dok odgovarajuće prenosi sadržaj informacije.⁶³

Isto pravilo određuje da se izvornikom fotografije smatra njezin negativ ili ispis njezinog sadržaja.⁶⁴ U slučaju da su fotografije spremljene kao elektronički zapis, originalom tada treba smatrati svaki njezin ispis na papiru pored elektroničkog zapisa, a u skladu s prije navedenim pravilom. Ovakav stav prihvatila je i sudska praksa država *common law* sustava.⁶⁵ Međutim, nemoguće je ne zaključiti da su ovakvi stavovi još uvijek pod značajnim utjecajem „papirne“ tradicije sudskih postupaka. Naime, kako se originalom smatra ljudski perceptivni elektronički zapis, tako se originalom smatra i ispis tog zapisa na papir. Tako je u predmetu *Laughner v. State* u presudi zaključeno i priznato da sadržaj iz internet *chat rooms* koji je kopiran i prenesen u *word* dokument predstavlja original.⁶⁶ Za zaključiti bi bilo da u sadašnjem trenutku tehnološkog razvoja shvaćanje nije nerazumljivo i da je prihvatljivo čak i za europska pravna shvaćanja kao i pravna shvaćanja na temelju Konvencije. Ovo sve tim više jer Direktiva EU o elektroničkoj trgovini ne regulira pitanje izvornika isprave u elektroničkom obliku.

9. Zaključak

Konvencija regulira pitanje izvornika u elektroničkom obliku u čl. 9. st. 4. i 5. ZE-PPP pitanje izvornika regulira u čl. 13. st. 3. kada propisuje da u slučaju kada zakon ili drugi propis određuju da se određeni podaci predstavljaju ili čuvaju u izvornoj formi, smatra se da je elektronička forma odgovarajuća ako su zadovoljeni uvjeti iz st. 1 tog članka. Iako ti uvjeti zapravo nisu oni iz čl. 8. Model zakona ili navedenog članka Konvencije, isti su zapravo oni koji su propisani za čuvanje elektroničkih poruka (čl. 13. st. 1 ZEPPP-a odnosno čl. 10. st. 1. Model zakona), a sadržajno u njima nema bitnih razlika. ZEPPP je iskoristio ove uvjete primijenivši ih na izvornik, postupivši jednostavno i originalno uz prihvatljivo rješenje koje je sadržajno vrlo slično rješenju Konvencije. Usprkos navedenom poželjno bi bilo i u domaćem zakonodavstvu prihvatiti rješenja Konvencije kao najmodernija u ovom području, tim više što njezina rješenja zapravo predstavljaju samo logičan razvojni element domaćeg zakonodavstva.

63) The „original“ of information stored in a computer is the readable display of the information on the computer screen, the hard drive or other source where it is stored, as well as any printout or output that may be read, so long as it accurately reflect the data“ – Federalno dokazno pravilo SAD br. 1001, prema Law Cornell, dostupno na www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_1001 - posljednji pristup 22.8.2014.

64) Točka d. Pravila (Rule) 1001. - Definitions that apply to this article – izvor kao prethodna napomena.

65) If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an „original“ – cit. u presudi *Lorraine v. Markel* (Jack. R. Lorraine and Beverly Mack v. Markel American Insurance Company, Civil Action no.: PWG-06-1893, District Court of Maryland) prema *The Documentalist*, dostupno na <http://crlgrn.wordpress.com/2010/04/26/legal-considerations-for-electronic-documentation-part-2-relevance-and-authenticity/> - pristup 23.8.2014.

66) *Laughner v State*, 769 N.E.2d 1147, cit. prema izvoru iz prethodne napomene.

Summary

This paper deals with the relation between the e-mail message as such and its attachments. Starting with the assumption that an electronic message may have a text, image or voice attachment, the legal character of the voice message is analyzed in respect of the question whether it is a written or a verbal message. After that the Bosnia Herzegovina regulatory framework of the original of a document in electronic form is analyzed together with a parallel presentation of the provisions of the UN Convention on Electronic Communications, the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, the Uniform Electronic Transactions Act of the United States as well as the law of the Republic of Croatia. In the Law on Electronic Legal and Business Transactions of Bosnia Herzegovina the original is regulated indirectly by applying the rules on storing documents in electronic form. Although the requirements in respect of the electronic form are not formally those of the Model Law on Electronic Commerce or of the Convention, there are no substantial differences between them. The ZEPPP thus solved the question of the electronic original in a very similar way to the solution present in the Convention. Nevertheless, it would be desirable to accept in domestic legislation the solutions of the Convention as being the most modern ones.

Key words: Electronic mail, the original of electronic document, integrity of of the information, United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, Law on Electronic Legal and Business Transactions of Bosnia and Herzegovina.