



UNIVERSITATEA DIN ORADEA
Facultatea de Drept



REVISTA FACULTĂȚII DE DREPT ORADEA

JOURNAL OF THE FACULTY OF LAW ORADEA

NR. 1/2021



REVISTA FACULTĂȚII DE DREPT ORADEA JOURNAL OF THE FACULTY OF LAW ORADEA

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC (*ADVISORY BOARD*)

Director: Prof.univ.dr. Valentin MIRIȘAN – Universitatea din Oradea (România)

Membri: *Conf.univ.dr. habil. Sorin ALĂMOREANU, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca (România); Conf.univ.dr.habil. Elek BALÁZS, Universitatea din Debrecen (Ungaria); Prof.univ.dr. Csilla CSÁK, Universitatea din Miskolc (Ungaria); Prof.univ.dr. habil. Krisztina KARSAL, Universitatea din Szeged (Ungaria); Prof.univ.dr. hab. Elżbieta FERET, Universitatea din Rzeszow (Polonia); Prof.univ.dr. Romulus GIDRO, Universitatea din Oradea (România); Conf.univ.dr. habil. Judit JACSÓ, Universitatea din Miskolc (Ungaria); Conf.univ.dr. Pawel MAJKA, Universitatea din Rzeszow (Polonia); Prof.univ.dr. Viorel PAȘCA, Universitatea de Vest Timișoara (România); Prof.univ.dr. Anton TRĂILESCU, Universitatea de Vest Timișoara (România); Conf.univ.dr. Erika VÁRADI-CSEMA, Universitatea din Miskolc (Ungaria); Prof.univ.dr. habil. Zsolt ZSOMORA, Universitatea din Szeged (Ungaria)*

COLEGIUL DE REDACȚIE (*EDITORIAL BOARD*)

Redactor șef: Conf.univ.dr. Cristian Dumitru MIHEȘ

Membri:

- Conf.univ.dr. Mihaela Elvira PĂTRĂUȘ
- Conf.univ.dr. Lavinia ONICA-CHIPEA
- Lect.univ.dr. Diana CÎRMACIU
- Lect.univ.dr. Gavril Daniel OLAR
- Cons.jur. Costin FOCȘA

ISSN 1582-7585, ISSN-L 1582-7585

Adresa redacției:

Facultatea de Drept – Universitatea din Oradea

Oradea, b-dul General Magheru nr. 26, etaj I, jud. Bihor

Email: cristian.mihes@uoradea.ro; Tel. +4(0)259408457;

<https://drept.uoradea.ro/ro/cercetare/revista-facultatii-de-drept-oradea>

CUPRINS CONTENT

I. ARTICOLE, STUDII, COMENTARII

Asupra reglementarilor aplicabile exercitării judecătorești On the regulations applicable to judicial expertise Sorin ALĂMOREANU	7
The 'favor defensionis' principle in domestic law and European law Elek BALÁZS	13
The revaluation of the victim and its impact on the fragile balance of the criminal justice system Valentina BONINI	18
Noi, poporul? De la ficțiunea constituțională a suveranității la narațiunea supremației dreptului UE We, the People? From the Constitutional Fiction on Sovereignty to the Narrative of the EU Law's Supremacy Gabriela GOUDENHOOF	26
Verantwortungsvolles Funktionieren von Unternehmen nach innen und außen, strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit, strafrechtliche Sanktionen gegen solche Enterprise Responsible functioning of companies internally and externally, criminal liability of companies with legal personality, criminal sanctions against such Enterprise Répásky ÁRPÁDNÉ, NÉMET Laura	36
Dreptul la viață virtuală The right to virtual life Laura Maria STĂNILĂ	47
Les motifs de révision de l'arrêt définitif, en particulier la décision de la Cour Constitutionnelle The grounds for revision of the final judgment, in particular the decision of the Constitutional Court Andrea Noémi TÓTH	64
Valențe ale dreptului european în dreptul funcției publice în România Valences of European law in civil service law in Romania Verginia VEDINAȘ, Teodor GODEANU	70

II. LUCRĂRI ALE STUDENȚILOR, MASTERANZILOR ȘI DOCTORANZILOR

Appearance of constitutional constraints in the taking of evidence in criminal proceedings – issue of unlawful evidence András BODNAR	79
---	----

Officiality and the right of defence in the case law of the ECHR	
Júlia Dóra BATTA	86
Perioada pandemică și mediul online - un context favorabil contrafacerii	
Pandemic period and online environment - a framework for counterfeiting	
Narcisa-Victoria DĂRĂBAN.....	91
Uniunea Europeană presupune că integrarea migranților rezolvă criza cauzată de COVID – 19	
The European Union assumes that the integration of migrants solves the crisis caused by COVID-19	
Tibor DOMOKOS	102
Justiția constituțională în România	
Constitutional justice in Romania	
Florin Călin MATEI	113
Pandemia-obligațiile între forță majoră și impreviziune	
The pandemic – the obligations between force majeure and unpredictability	
Teodora-Andreea ONIȚA	123
Issues of introducing a new health legal relationship in hungary	
Zsófia RICZU	132
Drepturile constituționale fundamentale și interdicțiile în pandemia COVID-19	
Fundamental constitutional rights and prohibitions in the COVID-19 pandemic	
Aurelia Maria TITERE, Cristina Ioana TODORAN	147
Issues of introducing a new health legal relationship in Hungary	
Zsófia RICZU	152
Minimum age of criminal responsibility in member states of the european union.	
A legal and psychological assessment of moral development theories and the minimum age of criminal responsibility	
Judit TORMA.....	167

III. EVENIMENT

Cronica la final de eveniment	
Cristian Dumitru MIHEȘ	183

I. ARTICOLE, STUDII, COMENTARII

ASUPRA REGLEMENTARILOR APLICABILE EXERTIZELOR JUDICIARE

ON THE REGULATIONS APPLICABLE TO JUDICIAL EXPERTISE

Sorin ALĂMOREANU¹

Rezumat:

Articolul prezintă reglementările aflate la baza utilizării expertizelor criminalistice din cadrul normelor procedural valide atât în Dretul Penal cât și Civil.

Cuvinte cheie: *expertiză criminalistică; dispoziții legale; concluzii, expert criminalist privat sau oficial.*

Abstract:

The article exposes the fundamental legal provisions at the base of using forensic expertises inside the Criminal and Civil Law Proceedings.

Key words: *forensic expertise; legal provisions; conclusions; private or official Forensic expert;*

Deși organele judiciare folosesc destul de frecvent “instrumentul” expertizelor judiciare², am remarcat de-a lungul anilor că la nivel general există atât în rândul ordonatorilor (polițiști, magistrați), dar și al beneficiarilor de expertize (magistrați, avocați) o înțelegere destul de limitată a problematicii respectivului domeniu³. Am constatat chiar că după o carieră destul de lungă unii dintre acestia nu au solicitat ori dispus decât rar, sau de loc expertize criminalistice, adesea bizuindu-se pe rapoarte de constatare tehnico-științifică, ori pe lucrări cu un nivel cel puțin discutabil.

Sub aspectul prevederilor legale principale, aplicabile expertizelor criminalistice în general, problematica expertizei este tratată pentru procesul penal în Capitolul VII intitulat „*Expertiza și constatarea*” din Titlul IV al Părții generale a Noului Cod de Procedură Penală (NCPP) denumit „*Probele, mijloacele de probă și procedeele probatorii*”, dispozițiile legale regăsindu-se în art.172-183 CPP.

De asemenea, în materie civilă sediul materiei în privința normelor procedurale privind expertiza le regăsim în art. 330-340 CPC care constituie dreptul comun în materie, existând legi speciale care privesc expertizele criminalistice, dar și reglementări paralele în Codul de Procedură Civilă.

În același timp, am dori să subliniem faptul că la redactarea și legiferarea aspectelor tehnic-legislative ce guvernează domeniul atât de sensibil al expertizei criminalistice nu au fost solicitate opinii ale specialiștilor, ori ale instituțiilor specializate (pentru Justiție Institutul Național de Expertize Criminalistice, ori pentru sistemul Ministerului de Interne - Institutul Național de Criminalistică din cadrul I.G.P.R.).

¹ Conf.univ.dr.habil., Universitatea “Babeș Bolyai”, Cluj Napoca, Facultatea de Drept;

² P. Ciobanu, *Importanta constatărilor tehnico-științifice și a expertizei criminalistice în cadrul procesului penal*, Revista “Teorie și practica judiciară” nr.3-4/2013;

³ C. Miheș, S. Alămoreanu, *Pledoarie pentru Criminalistica. Câteva argumente teoretice și practice*, în vol. In onorem Valentin Mirișan – Gânduri, studii și instituții (editor coordinator Cristian Dumitru Miheș), Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 200-204;

Vom expune succint aceste prevederi:

Art. 172 alin. (1) – (8) NCPP privește condițiile în care se dispune expertiza, efectuarea acesteia dispunându-se de către organul de urmărire penală prin ordonanță motivată (subl. ns. S. A.) la cerere sau din oficiu. În cursul judecății expertiza criminalistică se va dispune de către instanța de judecată prin încheiere motivată. Opinem că această prevedere este validă în mod implicit și expertizelor, criminalistice în general și grafice în special, solicitate în cauzele civile. Dacă urmărirea penală trebuie efectuată în mod obligatoriu de către procuror, doar acesta poate dispune efectuarea unei expertize în cauză⁴, atribuția neputând fi delegată organului de cercetare penală.

Cu referire expresă la expertiza criminalistică a scrisului numită și expertiză grafoscopică, sau expertiză grafică, potrivit alin. (4) din cadrul aceluiași articol, arată că: *„Expertiza poate fi efectuată de experți oficiali din laboratoare sau instituții de specialitate, ori de experți independenți autorizați din țară sau din străinătate, în condițiile legii.”*

Credem că acest aspect necesită unele discuții de principiu, întrucât în practică s-a ridicat problema dacă în cauzele penale, unde de regulă sunt dispuse expertize criminalistice instituțiilor de specialitate ale Ministerului Justiției și respectiv ale M.A.I., nu ar fi eligibili pentru desemnare ca executanți ai expertizei propriu-zise și experții cu activitate privată, numiți și „experți parte”.

Ab initio, dorim să exprimăm opinia la care achiesăm: *organele judiciare, fie ele civile sau penale, sunt în principiu suverane în a desemna experții. Pe de altă parte, conținutul legii nu este atât de ”întunecat” în acest sens. Astfel, sub condiția îndeplinii unor cerințe de fond și formă: dotare minimală și competența materială corespunzătoare îndeplinirii sarcinilor examinării științifice⁵, ale cărei rezultate să fie repetabile și în alte instituții similare, nu vedem un impediment în nominalizarea ca efector al lucrării (adică al expertizei criminalistice) pentru un expert privat față de unul dintr-o instituție oficială, indiferent de natura cauzei ce impune expertiza: civilă, penală, administrativă, comercială, etc. .*

Instituțiile de specialitate pot fi publice sau private după cum se arată în art.1 alin. (2) din O.G. nr.2/2000 privind organizarea activității de expertiză tehnică judiciară și extrajudiciară: *„Este expert tehnic judiciar orice persoană fizică ce dobândește această calitate în condițiile prezentei ordonanțe și este înscrisă în tabelul nominal cuprinzând experții tehnici judiciari, întocmit, pe specialități și pe județe, respectiv pe municipiul București. Expertul tehnic judiciar este expert oficial și poate fi numit de organele de urmărire penală, de instanțele judecătorești sau de alte organe cu atribuții jurisdicționale pentru efectuarea de expertize tehnice judiciare.”*

Condițiile pentru dobândirea calității de expert criminalist autorizat pentru specialitățile de expertiză criminalistică le regăsim în art.4 din O.G. nr.75/2000 privind organizarea activității de expertiză criminalistică.

În Codul de procedură civilă dispozițiile referitoare la admisibilitatea expertizei, pot fi regăsite în art.330 NCPC alin.(1) care stipulează că atunci când *„pentru lămurirea unor împrejurări de fapt, instanța consideră necesar să cunoască părerea unor specialiști, va numi, la cererea părților ori din oficiu, unul sau trei experți”*, stabilind obiectivele

⁴ P. Ciobanu, *Principiile investigației criminalistice în raport cu noua legislație procesual penală*, publicat în Revista Universul Juridic nr.3/2017.

⁵ Idem.

asupra cărora trebuie să se pronunțe și termenul în care se efectuează expertiza⁶. Este de precizat în acest context că dacă art. 330 alin.(1) NCPC face referire inițial la „specialiști” atunci când reglementează încuviințarea expertizei, în textele ce urmează, referirea se face la „experți autorizați” sau „experți”.

Pe lângă folosirea oarecum aleatorie și insuficient de clară a unor termeni, prevederea legală respectivă mai păcătuiește în opinia noastră și prin referirea la numirea la cererea părților ori din oficiu „a unul sau 3 experți”. Credem că pe de o parte prevederea nu se co-ordonează logic și legislativ cu teza întâi din Art. 172 alin. (4) care specifică faptul că expertizele pot fi efectuate de experți oficiali din laboratoare sau instituții de specialitate, „ori de experți independenți autorizați din țară sau din străinătate (subl. ns. S. A)” în condițiile în care așa cum am arătat anterior, în cadrul instituțiilor/laboratoarelor specializate numirea experților se face după anumite criterii (competența materială individuală, complexitate, grad de încărcare cu lucrări) de către șeful laboratorului.

În cazul în care părțile solicită participarea unui „expert-parte” la efectuarea expertizei în temeiul art.172 alin. (8) și art.173(4) NCPP organul de urmărire penală sau instanța îl va desemna pe acel expert cu condiția ca acesta să fie independent, autorizat și să nu se afle în situație de incompatibilitate.

De asemenea, regăsim și în Codul de procedură civilă expertii desemnați de părți, însă în acest caz aceștia au calitatea de consilieri ai părților. Mai exact, potrivit art. 330 alin. (5) NCPC, la efectuarea expertizei „*pot participa experți aleși de părți și încuviințați de instanță, având calitatea de consilieri ai părților, dacă prin lege nu se dispune altfel. În acest caz, ei pot să dea relații, să formuleze întrebări și observații și, dacă este cazul, să întocmească un raport separat cu privire la obiectivele expertizei.*”

Art.173 NCPP și art. 331 NCPC intitulat „Numirea expertului” în ambele coduri, alin. (3) al art.173 din Codul de procedură penală, face referire la desemnarea unuia sau mai multor experți din cadrul instituțiilor/laboratoarelor de specialitate, această dispoziție trebuind coroborată cu art.1 alin.(1) din O.G. 75/2000 în ceea ce privește expertizele criminalistice. Această dispoziție o regăsim și în art.330 alin. (2) „*când este necesar, instanța va solicita efectuarea expertizei unui laborator sau unui institut de specialitate.*”

Avem aici de a face astfel cu o înțelegere (abordare) contradictorială a expertizei criminalistice, conformă cu principiul egalității armelor⁷. Dacă procesul se desfășoară prin avantajarea uneia dintre părțile participante în raport cu cealaltă parte, dreptul pus în discuție în cadrul litigiului este prejudiciat, un proces inechitabil conducând chiar la negarea dreptului. Dreptul la un proces echitabil trebuie să se regăsească pe toată durata derulării procesului penal, inclusiv în cursul urmăririi penale, ca o sumă de garanții procedurale acordate persoanelor implicate, fie în calitate de învinuit sau inculpat, fie de parte vătămată, parte civilă sau responsabilă civilmente.

Convenția Europeană pentru Drepturile Omului, impune în materie civilă, cât și în materie penală, obligația statelor semnatare să asigure justițiabililor beneficiul respectării cerințelor unui proces echitabil, rezultat din regula generală a preeminenței dreptului.

⁶ P. Ciobanu, *Importanța constatărilor tehnico-stiințifice și a expertizei criminalistice în cadrul procesului penal*, în volumul conferinței “Valorificarea urmelor și mijloacelor materiale de proba prin expertize criminalistice”, 23-24 octombrie 2013, București.

⁷ V. Pașca, *Principiul egalității armelor în procesul penal românesc - O realitate sau ficțiune?*, Revista Universul Juridic- nr.5 mai 2020;

Articolul 6 al documentului prezintă detaliat imperativele inerente acestei noțiuni în cazul proceselor privind învinuirile în materie penală. Un accent aparte se pune pe necesitatea de a fi asigurată egalitatea de arme (subl. ns.) între acuzare și apărare prin raportarea la întregul ansamblu al etapelor procedurale.

Pentru contenciosul civil, jurisprudența subliniază regula egalității de mijloace în sensul existenței unui just echilibru între părți, unde se reține în sarcina statului obligația de a oferi fiecăreia dintre părți posibilitatea rezonabilă de a-și susține cauza – inclusiv prin probele de care se prevalează – în condiții care să nu o plaseze într-o situație net dezavantajoasă raportat la cea a adversarului său.

Convenția însă nu conține prevederi exprimate ne-mijlocit cu privire la problematica expertizelor. Prin urmare, problema care se ridică constă în stabilirea rolului ce trebuie atribuit experților în cadrul procedurii, raportat la obligațiile care incumbă statului în asigurarea unui proces echitabil. Totuși, Curtea a examinat și aspectul legat de faptul dacă experții pot fi asimilați martorilor la care face referire, în materie penală (art. 6 § 3 lit. d) care consacră dreptul de a interoga, sau de a determina interogarea martorilor acuzării și de a obține convocarea și interogarea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării⁸. Ea a fost interpretată în sensul impunerii unei depline egalități a armelor, dar în baza ei revine instanțelor naționale sarcina de a aprecia asupra pertinentei unei solicitări de probe sub aspectul compatibilității cu noțiunea de „proces echitabil” ce domină spiritul articolului 6. Prin interpretare literală, Curtea a apreciat că *textul menționat vizează doar martorii și nu experții* (subl ns. SA) examinând și posibilitatea unei eventuale includeri a expertului în sfera mai largă a noțiunii de „proces echitabil” care „acoperă situația expertului atât în cadrul unei proceduri penale, cât și în cadrul unei proceduri civile”.

În materia probelor, s-a precizat că admisibilitatea acestora este supusă în primul rând regulilor dreptului intern, fiind de competența instanțelor naționale să aprecieze asupra elementelor care rezultă din acestea. Sarcina Curții constă astfel în a analiza dacă procedura în ansamblu a păstrat un caracter echitabil., incluzând deci și modul de prezentare a mijloacelor de probă.

Credem că respectarea principiului contradictorialității apare ca fundament al unei juste desfășurări în procedurile judiciare. Ca urmare, părțile unui proces au dreptul de a lua cunoștință de orice probă supusă judecătorului în vederea influențării deciziei sale și de a dezbate asupra acesteia. Rezultă astfel că mijloacele de probă trebuie administrate, în mod obișnuit, în ședință publică, în vederea unei dezbateri contradictorii, deși acest lucru se dovedește a nu fi întotdeauna posibil, în special în materie penală. Astfel, partea interesată trebuie să fi beneficiat de posibilitatea adecvată și suficientă de a contesta/discuta/combate respectivul mijloc de probă, la momentul prezentării sale, sau la un moment ulterior.

De aceea, chiar dacă exigențele de drept privitoare la o procedură contradictorie sunt aceleași, atât în materie civilă, cât și în materie penală, regulile aplicabile contenciosului civil sunt mai suple decât cele aplicabile în materie penală. În ceea ce privește respectarea „principiului contradictorialității” în cadrul administrării probelor și, în special, referitor la garanțiile procedurale față de implicațiile efectuării unei expertize, CEDO a precizat că acestea privesc în primul rând instanța investită cu pronunțarea hotărârii.

⁸ De aici derivă și alte probleme semnalate în legătură cu audierea experților, potrivit regulilor aplicabile martorilor. În acest sens, C. Miheș, *Despre martor în procesul penal*, în vol. Probleme de drept apărute în legislația, doctrina și jurisprudența penală ulterior reformei legislative din 2014 (editori coordonatori E. Gh. Crisan, H. Kádár), Ed. C.H.Beck, București, 2019, p. 10 – 24;

Prin urmare, nu se poate aprecia ca un principiu general și abstract regula potrivit căreia, atunci când un expert a fost numit de o instanță, părțile trebuie să aibă, în toate cazurile, posibilitatea de a asista la discuțiile conduse de acesta sau de a le fi comunicate probele pe care acesta le-a luat în considerare. Am observat că transgresând unele dispoziții de la alte categorii de expertize (în special topografice, dar și dactiloscopice) la materia expertizelor criminalistice grafice, unele instanțe cer instituțiilor de expertiză să îndeplinească atribute ale altor organe judiciare, cum ar fi: prelevare de probe comparative, convocarea părților pentru a discuta obiectivele, pentru participare/asistare la activitățile expertului, pentru aprecierea validității materialului supus examinării etc.)⁹.

Art.174 NCPP și art.332 NCPC fac referire la incompatibilitatea expertului, încât în cazul art. 332 NCPC se referă la recuzarea expertului de către părți, iar alin. (1) al aceluiași articol îi asimilează pe experți cu judecătorii, doar în privința motivelor de recuzare, în timp de art. 174 din Codul de procedură penală se raportează la art.64 NCPP, la cazurile de incompatibilitate ale judecătorului, referindu-se atât la abținere cât și la recuzare. Important de precizat este faptul că potrivit alin. (3) „Nu poate fi desemnată ca expert recomandat de părți în aceeași cauză o persoană care funcționează în cadrul aceleiași instituții medico-legale, institut sau laborator de specialitate cu expertul desemnat de conducerea instituției respective la solicitarea organului judiciar.” - (ex: INEC, INML).

Art. 176 NCPP și art. 333 NCPC se referă la înlocuirea expertului, în condițiile în care acesta refuză primirea sau întârzie depunerea expertizei în mod nejustificat, nu se prezintă la solicitarea instanței, etc., putându-se aduce cu mandat de aducere (art. 333 NCPC), iar în cazul art. 176 NCPP atunci când expertul nu finalizează în termen un raport de expertiză, întârzie sau refuză nejustificat efectuarea acesteia. Aceste dispoziții ale legii sunt consonante cu „rolul de ordonator și gestionar al examinării de specialitate” pe care îl au organele judiciare în mai toate sistemele de drept¹⁰.

Art. 179 NCPP se referă la „Audierea expertului”, iar art.334 NCPC la „Ascultarea expertului” - deși audierea expertului este asemănată cu audierea martorului, în sensul că expertul poate fi audiat potrivit dispozițiilor privitoare la audierea martorilor [alin. (3)] atunci când organul judiciar apreciază că sunt necesare lămuriri ale constatărilor sau concluziilor acestuia, martorii și experții joacă un rol total diferit în cadrul procedurilor și au totodată un statut distinct¹¹; alin. (2) al art.179 NCPP prevede că „Dacă expertiza a fost efectuată de o instituție medico-legală, institut sau laborator de specialitate, instituția va desemna un expert, dintre persoanele care au participat la efectuarea expertizei, ce urmează a fi audiat de către organul de urmărire penală sau de instanță.” În același sens, art.334 NCPC care expune dispozițiile privitoare la ascultarea expertului, face referire tot la dispozițiile privind luarea declarației de martori în ce privește modalitatea de consemnare a răspunsurilor¹² pe care expertul le formulează la întrebările ce alcătuiesc obiectivele expertizei – ascultare vs. audiere – situația fiind în opinia noastră un produs de tehnică legislativă deficitară, exprimând lipsă de unitate și coerență pentru reglementarea problemei. În alte legislații spre exemplu, expertul este considerat ca un „martor tehnic” având însă un statut aparte de cel al martorilor propriu-ziși. Astfel, legislația SUA impune totdeauna audierea experților în instanță (cross - examining) raportul de expertiză având

⁹ P. Ciobanu, *op.cit.*, 2013;

¹⁰ M. Szostak, R. Ciesla – *O systemie badan pisma w prawie polskim* – (Nepublicat) lucrare susținută la Conferința Universitatea din Oradea: ”Scoli de expertiză grafică și grafologică”, Oradea, aprilie 2018

¹¹ Această suprapunere poate genera dificultăți în audierea unor experți -

¹² C. Miheș, *Tactica ascultării martorului*, Ed. ”Lumina Lex”, București, 2008, p. 185 - 194

uneori forma unui act de o singură pagină ce conține datele expertului (Credentials: vechime, activitate, specializări), datele cauzei și concluzia. Legislația italiană prevede pe lângă expertiza în forma scrisă (uneori peste 100 de pagini) și audierea necesară a experților.

Art. 178 NCPP și art. 336 NCPC reglementează „*Raportul de expertiză*”, art. 180 NCPP și art. 337 NCPC – în primul caz (art.180 NCPP) este vorba despre „*Suplimentul de expertiză*” atunci când expertiza nu este completă, iar această deficiență nu poate fi suplinită prin audierea expertului, iar în al doilea caz (art.337 NCPC) este vorba despre „*Lămurirea sau completarea raportului*” atunci când există aspecte nelămurite în raport cu obiectivele expertizei sau când există contradicții între opiniile experților. Pe de altă parte, când vorbim despre completare- ne referim la obiective noi – în această situație, instituția este sinonimă cu suplimentul de expertiză.

Art. 181 NCPP prevede „*Efectuarea unei noi expertize*” – potrivit alin.(1) atunci când „*concluziile raportului de expertiză sunt neclare sau contradictorii ori în conținutul și concluziile raportului de expertiză există contradicții, iar aceste deficiențe nu pot fi înlăturate prin audierea expertului.*” În situația aceasta este de precizat că noua expertiză va avea aceleași obiective și va fi efectuată după aceeași procedură precum a fost efectuată expertiza anterioară.

Considerăm că nu toate aspectele vor putea fi clarificate prin audierea expertului. Constatăm chiar din practică o utilizare la limita abuzului de drept, când sub pretextul „clarificării unor elemente din raport” experții sunt convocați și audiați asupra unor elemente ce nu au fost anterior vizate. De exemplu, în cazul unor semnături contestate pe multiple documente discuția este mutată de la aspectele grafice propriu-zise la cele legate de natura materialelor de scriere, suportul material, ori chiar existența discernământului la momentul semnării. Pe lângă faptul că, cel puțin în practica din țara noastră, experții grafici nu au competența de apreciere a aspectelor privind discernământul, evaluarea acestui aspect presupune examinări și concluzii medico-legale.

În scopul efectuării expertizei grafice în cauzele penale, avem art. 184 NCPP denumit „*Prezentarea scriptelor de comparație*” – care prevede că în această situație scriptele de comparație (vizate de către organul judiciar) se trimit laboratorului de expertiză criminalistică, urmând a se efectua expertiza, iar mai apoi, expertul căruia i s-a repartizat cauza va întocmi un raport de expertiză.

Problema pare simplă, în realitate însă conținutul, natura și valoarea materialului de comparație pot fi determinante pentru validitatea rezultatelor expertizei și în consecință a concluziilor expertului. Prevederile procesuale acordă organului judiciar prerogativele de evaluare și discutare a materialelor comparative prin punere în discuția părților. Alături de acestea, un rol semnificativ revine (pentru cazul desemnării lor) și experților desemnați de părți care pot și trebuie să consilieze asupra materialelor de comparație. Dorim să precizăm că din păcate, practica instanțelor este ne-omogenă asupra modului în care sunt numiți și utilizați experții privați în cadrul cauzelor. Astfel, în unele cazuri instanțele folosesc direct experții desemnați de părți pentru realizarea expertizei, ca și cum ar fi experți ai unui laborator oficial, poziție pe care o considerăm corectă procedural, dar semnalăm lipsa unei reglementări minimale a cerințelor de dotare materială. Alte situații sunt cele în care instanțele, ori organele judiciare numesc pentru realizarea expertizei propriu-zise numai experți ai unor instituții oficiale. Acest mod de soluționare este preponderant în cauzele penale, dar aici credem că apare ca necesară armonizare reglementărilor din Codul Procedural Civil cu cele din cel Procesual Penal.

THE 'FAVOR DEFENSIONIS' PRINCIPLE IN DOMESTIC LAW AND EUROPEAN LAW

Elek BALÁZS¹

Abstract

The principle of favor defensionis (benefit of protection) nowadays basically expresses that the procedural law seeks to eliminate, alleviate and somewhat compensate the disadvantage of the accused by certain sub-provisions.

The conceptual element of a fair trial is the principle of equality of arms, which serves the purpose of providing equal opportunities and opportunities for prosecution and defense in the course of criminal proceedings. However, the defense is clearly at a disadvantage and it is therefore necessary for the person responsible for the predominance of state power to have adequate means to debate the charge.

Key words: criminal procedure, favor defensionis principle

The meaning of the principle of favor defensionis

The principle of the favor defensionis is based in part on the legislature's recognition that the accused and the defense are cumulatively at a disadvantage and should therefore be provided with as many favorable legal solutions as possible at all stages of the criminal proceedings.²

On the other hand, it is important for law enforcers to interpret the law in favor of protection in the spirit of the principle, even in the case of equality of arms, in cases of doubt.

According to some definitions, this principle expresses that, if the evidence or arguments in favor of and against the charge are equal, any dispute as to form, substance law or facts must be decided in favor of the defense. In case of doubt as to the interpretation of the law, the decision must be made in favor of the defense and the accused. If the law can be interpreted in several ways, it cannot be interpreted to the detriment of the accused.

The principle of favor defensionis is therefore binding on the judge when interpreting the law and establishing guilt, in so far as all disputes are to be decided in favor of the accused.³

The power of defense must be extended whenever the law does not provide for a well-understood interest of the accused.⁴ The opposite view is the in favor of accusation.⁵

Favor defensionis is, in fact, a set of principles that provides the means to enforce the requirement of a fair trial. The instruments in this set of principles take two forms in the criminal justice system. On the one hand, there are explicit principles that permeate the whole process in the spirit of favor defensionis. Examples include: presumption of

¹ Head of Criminal Procedural Department, Debrecen University Faculty of law

² Törő Blanka – Hágér Tamás: A fellebbezés elintézése a harmadfokú büntetőeljárásban. Debreceni Jogi Műhely, 2013. évi 3. p. 120-137.

³ Dombóváry Géza: A magyar bonjuge. Büntetőjogi és bűnperrendi tanulmány. Magyar Jogászegylet 1910. december 10-iki teljes ülés előadása. Magyar Jogászegyleti értekezések. Ed. Meszlény Artur, 1911. Budapest, Pfeifer Ferdinánd Nemzeti Könyvkereskedés, p. 139

⁴ Ifjabb Dombóvári Schulhof. Géza előadása, p. 174-175

⁵ Ifjabb Dombóvári Schulhof. Géza előadása, p. 182

innocence, principle of in dubio pro reo, principle of (mandatory) protection, burden of proof, prohibition of self-incrimination.

On the other hand, we may encounter independent legal institutions and procedural stages, the application of which is based on the enforcement of the favor defensionis. Such as the right of last word, the order of the hearings, the prohibition of aggravation, the possibility of partial relief, the principle of full revision at the appeal court.⁶

The right of the accused to the last word is one of the best-known examples of the appearance of the principle. We can even cite similar examples from Roman law, as the defenders of antiquity had the right granted to the accuser that the indictment could last two hours and the defense that could last three hours. The defendant is still entitled to have the final say before the final decision is taken.⁷ The defendant has this right to make this statement before the final decision and after the dialogues, speeches and rejoinders.

The reference to favor defensionis as a human right is also present in the international literature. „The court seeks to find a relative, not an absolute, truth. This relativity depends not only on the shortcomings in our collective experiences and limited resources, but also on the fact that we now allow humanistic values to play an important role. This can be seen in the procedural expressions such as favor defensionis: the suspect's rights must not be violated in any way, the suspect shall be considered innocent until the reverse has been proved, he has the right to a defence, he also has the right to remain silent, he does not need to examine, explain or prove anything, etc. These human rights of the defendant constitute the atmosphere in which the allegation of a crime shall be tried.”⁸

Paul Angyal already mentions in the field of legal remedies that modern procedural law increasingly organizes legal proceedings in such a way that, in addition to the general procedural principles (publicity, oral, directness, concentration), client equality, substantive truth and favor defensionis prevail as much as possible.⁹

An example from the Anglo-Saxon legal culture is the rule in England that a jury's acquittal cannot be reviewed at all. In the event of a serious breach of procedure by the court of first instance, an acquittal must be handed down at second instance. This is based on the idea that the accused cannot be expected to take another case.¹⁰

Interpretation of the incorrectly reported remedies

With the entry into force of the new Hungarian Criminal Procedure Act, the remedy must indicate exactly what it is complaining about. Due to the change in the system of legal remedies, the law obliges the court to inform the appellants that the announced statement of legal remedies, which may not be extended later, may also apply only against certain provisions or parts of the judgment. An appeal of this nature entails a limited

⁶ Törő Blanka: A favor defensionis fogalma, az elv megjelenése a bírói döntésekben. In: P. Szabó Béla – Szemesi Sándor (szerk.): Profectus in Litteris V. Előadások a 10. debreceni állam- és jogtudományi doktorandusz konferencián 2013. június 7. Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, Debrecen, 2013. (ISSN 2062-1469) p. 349-354.

⁷ Ifjabb Dombóvári Schulhof Géza előadása p.139

⁸ Christian Diesen: Beyond Reasonable Doubt. Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases. Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957-2009. p. 169-180

⁹ Angyal Pál: A magyar büntetőeljárás jog tankönyve. II. kötet, Budapest, Athenaeum Kiadása, 1917. p. 163

¹⁰ Fantoly Zsanett: A büntető tárgyalási rendszerek sajátosságai és a büntetőeljárás hatékonysága. Hvgorac Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2012. p. 175-177.

review, in line with the disputed ones. However, there may be a relatively large number of procedural situations where the statement of the person entitled to appeal is not clear or is not reported in accordance with the law. After the announcement of the final decision, the single judge or the chairman of the council is also obliged to provide information on the reason, content, direction of the appeal and, in the case of a limited appeal, the related limited review. However, the rule in favor of the accused is that if the decision is made at first instance.¹¹ The case-law similar to this is the case-law, which considers an appeal filed in favor of the accused to be a statement of appeal made by the accused with doubtful content at the time of promulgation or referring to his or her own state, indicating a state of despair. However, it does not follow that the resignation of the private prosecutor during the reasoning of the judgment should be regarded as an exercise of the right of appeal. The same outraged conduct of the private accuser cannot be regarded as a regular appeal. The court thus found that the court of first instance erred in considering the appeal of the private prosecutor's departure during the reasoning of the judgment and then, by comparison, not having the right to appeal by training. In the case of a private prosecutor, it is clearly essential that his appeal not only gives rise to an appeal but also, in contrast to the prohibition on aggravation, determine the jurisdiction of the appellate court. The accuser expected to have an express statement of appeal, the content of which cannot be presumed by a court. In connection with the described decision, a decision in principle was made stating that the departure of the private prosecutor at the time of pronouncement of the judgment, even before the appeal is lodged, shall not be considered as an appeal against the accused.¹²

Finding different facts in a Court of appeal

Deciding on the questionability of the facts and findings of fact established by the court of first instance from the evidence examined on the basis of the principle of impartiality is an old-fashioned dispute and is closely related to the court's fact-finding activity.

The European Court of Human Rights accepts, as a general rule, the facts established by national courts. This item is not alien to national redress systems either, as higher courts are usually obliged to respect the facts established by lower courts enjoying the principle of impartiality. The discretion of the lower courts would be meaningless if the decision as to the creditworthiness of the evidence was set aside by the appellate court. This could only take place if the Appeal Court could also take evidence, which is generally limited by procedural law. By the concept of the right of appeal, it requires that the procedure of lower and higher courts, and the scope of the issues they examine should be different. If the jurisdiction of the forum at first and second instance were the same, a new remedy against the decision of the court of appeal would have to be provided for the right to appeal, at least if the new decision differs from the judgment at first instance. All this could also result in a final decision never being made.¹³

Act XC of 2017 on Criminal Procedure law extended the possibility of establishing a different fact to the detriment of the accused. However, the finding of a different fact is

¹¹ Hungarian Criminal Procedure Act 584.§ (4) paragraph

¹² Court Decision EBH2012.B.8.

¹³ Bárd Károly: Igazság, igazságosság és tisztességes eljárás. Fundamentum, 2004/I., p. 44–50

limited to the fact that the appellate court may assess the evidence differently from the appellate court only in relation to the facts on which it took evidence, unless the defendant is acquitted or terminated the proceedings.¹⁴ It can be seen that it retained the rule of favor defensionis by not allowing a different assessment of the evidence without taking new evidence only if it led to the acquittal of the accused or the termination of the proceedings. In relation to the evidence taken at second instance, the only limit left to establish the guilt of the acquitted accused is that this can only be done as a result of the evidence is requested by the prosecution. As a result of ex officio evidence, the court does not have this option. This rule is for the protection of the accused is consistent with the lack of the court's ex officio burden of proof.

Termination (breaking) of legal force for a so-called related reason

The termination of legal force for a related reason in connection with an ordinary appeal allows the change of the final judgement in favor of the non-appellant. The so-called termination of legal force for a related reason is possible if the appellate court acquits the accused concerned by the appeal or mitigates his or her unlawful sentence.¹⁵

This statutory power of ex officio review and decision of the court of second instance is counterbalanced by the fact that it can be exercised only for the benefit of the accused not affected by the appeal. The decision may be taken ex officio for reasons exhaustively established by law.¹⁶ The court of second instance must examine whether one of the same decisions is also in favor of the accused (convicted) persons not affected by the appeal. The court of second instance then makes the same decision on the non-appellant defendant.¹⁷ There is a twofold condition for an appeal at second instance to be extended to a defendant not covered by the appeal. One is that only one of the decisions entered in the appellant should be in favor of the appellant or the other defendants. The other is that not only the decision itself but also the reason, and therefore the legal basis, must be the same for all defendants. for this reason, In the legal literature this rule was named as termination of legal force for a related reason. It follows from the wording of the same law that if, for example, the reason for the acquittal of the accused who is the subject of the appeal is the absence of a criminal offense, it must be the same for the accused who is not the subject of the appeal. An override that may be extended to the accused not subject to appeal is also possible if the sentence is reduced. The application of the rule which may be included in the favour defensionis is also conditional on the fact that it is a common crime identical to that of the accused concerned by the appeal.

A further condition is that, as a result of the overruling, the court of second instance should judge the act of the accused concerned by appeal more leniently by the correct application of the substantive legislation, and that the sentence of that accused be found to be unlawfully severe in view of the change in the classification, which is simultaneously reduced by the court of second instance. The override may be extended to the accused not affected by the appeal only if the change in the legal classification makes the sentence against him unlawfully serious and therefore has to be reduced.

¹⁴ Criminal Procedure Act 593. § (2) paragraph

¹⁵ Criminal Procedure Act 590. § (10) (11) paragraph

¹⁶ Elek Balázs: A jogerő a büntetőeljárásban. DEÁJK, Debrecen, 2012, p. 243-251

¹⁷ Polt Péter: Kommentár a büntetőeljárás törvényhez. Wolters Kluwer Hungary, Budapest, 2018. „Az összefüggő okból történő jogerőfeloldás” fejezetszerző: Elek Balázs p. 1227-1229

Final thoughts

In criminal cases, the officiality rule means the obligation to act ex officio. Narrowed it down in several ways in the Hungarian Criminal Procedure the court is not obliged to provide evidence in the absence of a motion of the parties. The framework of the evidentiary activity in court is primarily determined by the motions of the parties. However, the judge must ensure that the principle of favor defensionis prevails. The judge is obliged to take care of the rights of the accused against the predominance of power of the state. The principle of favor defensionis also gives the defense additional rights over the principle of equality of arms. The favor defensionis principle is an approach on the part of the judge. It also expresses the principle that the judge must look at the accused with a different perspective than the accuser.

THE REVALUATION OF THE VICTIM AND ITS IMPACT ON THE FRAGILE BALANCE OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Valentina BONINI¹

Abstract

Contemporary Constitutions, as well as Human Rights Treaties, contain several provisions establishing principles relating to the criminal system. Most of these provisions have regard to the judicial authorities and the accused. In this sense, it can be said that our criminal justice systems are accused-centered. Our Constitutions, on the contrary, do not contain provisions expressly dedicated to the victims of crime. Nonetheless, in the last decades, several international documents from the EU and the Council of Europe have set down rules regarding assistance, protection, and procedural rights of the victim.

Does this legislative trend contrast with the constitutional structure of the criminal trial, which places the accused's guarantees in the foreground? The paper intends to analyze the role of the victim in the European Directive 2012/29/EU, pointing out the broad angle on the victim's needs, which cannot be answered only by prosecution and punishment, rather stressing the importance of support services and restorative justice.

Keywords: *Criminal Justice, Victim, Procedural Rights*

1. Introduction

After centuries of continuous sidelining of victims of crime, the criminal justice systems have more recently turned a page, giving increasing attention to those who have been harmed by an offence both in the substantive and the procedural perspective, considering the effect of crime on victims and recognizing them a new active role within the criminal procedure.

On the one hand, the legal landscape, both on a national and supranational level, is getting richer of documents regarding victims' rights and their role in the criminal proceedings, as a part of a worldwide trend interesting also the adversarial systems, which traditionally recognized narrow spaces to victims' rights.²

On the other hand, the issue is not expressly considered in most of the contemporary Constitutions and Human Rights Treaties, despite the several provisions dealing with criminal justice, which are mainly referred to the due process of law and the defendant's rights and guarantees.

In this framework, it does not seem redundant to question the impact that the renewed role of the victim has on the traditional models of criminal justice, and whether this might affect the constitutional features of the fair trial.

¹ Associate Professor of Criminal procedure, University of Pisa, valentina.bonini@unipi.it

² See A. Bottoms and J. V. Roberts, *Hearing the Victim. Adversarial justice, crime victims and the State*, Routledge 2010; T. Kirchengast, *Victim Lawyers, Victim Advocates, and the Adversarial Criminal Trial*, in *New Criminal Law Review* 2013, pp. 568-594; A. N. Young, *Crime Victims and Constitutional Rights*, in *Criminal Law Quart.* 49, 2004, p. 432; W. T. Pizzi, *Victims' Rights: Rethinking Our "Adversary System"*, in *Utah Law Review*, 1999, p. 349-368.

In the European context, special attention must be paid to the Directive 2012/29/EU, which, in its tenth anniversary, is worth analyzing in its impact on the defendant's guarantees and, by a wider angle, on the balance inside the criminal trial.

2. Criminal Justice and Victims of Crime: Changing Horizon

Since the birth of modern trial, criminal justice systems reserved neither space nor voice to victims, as crime has been defined as a public and social matter, becoming a two-sided contest between the State and the accused;³ in this context, the threat of a punishment provided by the judicial authorities had required the construction of an accused-centered system.

In a continuous tension toward the balance between the extraordinary power of the public authority and the rights of the defendant, the history of criminal justice has sidelined the interest of other parties, such as the victims of crime, whose involvement has been considered potentially dangerous for procedural fairness and due process of law.⁴ In this framework of marginalization, both in the laws and in the courtrooms, criminal proceedings did not host victims unless they were useful to the public purpose through their testimony.⁵

Since the vengeful reaction of the victim was dutifully overcome, the management of punishment is administered by the State, which, while operating in compliance with legality, makes use of a set of tools capable of attacking and undermining the fundamental rights of the accused: the historical evolution of the criminal justice system has made as irrelevant to regulate the victim's role as necessary to limit public powers, in order to put balance in the state-versus-accused contention. But it cannot be said that violence abandoned the public reaction to crime: as Antoine Garapon observed,⁶ the criminal trial is a place of domestication of violence through the ritual since the procedural law tames violence by regulating principles, conditions, and methods of punitive power.

Looking from a different angle to the structure of the criminal justice contest, the accused-centered structure is coherent with the personalistic choice of the modern constitutions, worried as they are to preserve the fundamental rights from undue compressions coming from the State.

Hence, contemporary constitutions, as well as human rights treaties, contain several provisions dedicated to the guarantees of the accused and setting limitations and boundaries to the judiciary's powers: the right to a fair trial, the right to defence, the presumption of innocence, the inviolability of personal freedoms are only the most common principles that can be found in the European Convention of Human Rights (artt. 6, 8 and 5), as well as in the Italian (arts. 111, 24, 27, 13) and in the Romanian Constitution (arts. 21, 24, 23).

³ W. T. Pizzi, *Victims' Rights: Rethinking Our "Adversary System"*, p. 349, observes that the Victims' Rights Amendment challenged the two-sided trial model, arguing the importance of the interest of victims in the Constitution «because it may encourage us to rethink our trial system».

⁴ T. Kirchengast, *Victim Lawyers, Victim Advocates, and the Adversarial Criminal Trial*, p. 569.

⁵ T. Kirchengast, *Victim Lawyers, Victim Advocates, and the Adversarial Criminal Trial*, p. 569 notices that «when victim participation is encouraged, it is generally in a passive context, as police informant or as witness for the prosecution».

⁶ A. Garapon, *Bien Juger: Essai sur le Rituel Judiciaire*, Paris, Odil Jacob 1997, p. 315.

Conversely, our Constitutions do not contain any provision expressly dedicated to victims and their rights, neither inside nor outside the criminal proceedings, as a result of the public dimension of the reaction to crime, which pushed them into a plight.⁷

But the long dark age of victims of crime was interrupted in the 70s and 80s of the last century when the international documents started to reserve greater attention to those harmed by crime⁸. The issue was going to become a pivotal topic also in the European legal context, that in the last decades has been enriched by several sources, adopted both by the European Union and the Council of Europe, enhancing a broad series of reforms regarding both the generality of victims and those harmed by specific forms of criminality. Since then, the production has been quite strenuous, and victims' needs entered in a human rights framework⁹, victim's rights charters have been adopted, providing protection measures as well as a set of procedural rights to entitle victims to various forms of participation in criminal proceedings¹⁰.

A milestone in this process is the Framework decision 2001/220/JHA on the standing of the victim in criminal proceedings, which represents the first attempt to create a statute of the victim in the criminal proceedings and triggered a legislative process that culminated in the Directive 2012/29/EU, establishing minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime¹¹. In the meantime, more specific Directives had been already approved and¹² others were going to come¹³, confirming the increasing attention of the European Union towards the victim's standing in the criminal justice system.

⁷ A.N. Young, *Crime Victims and Constitutional Rights*, in *Criminal Law Quarterly* 2005, p. 447, following the analysis of the main trend of reforms on the issue, argues about the task of constitutionalizing the rights of victims.

⁸ UN Declaration of Basic Principles of Justice on Victims of Crime and Abuse of Power, 1985. For an overview on the other UN Documents that, following the Basic Principles, set down provisions regarding the victim's position in the criminal justice system, see S. R. Buczma, *An Overview of the Law Concerning Protection of Victims of Crime in the View of the Adoption of the Directive 2012/29/EU Establishing Minimum Standards on the Rights, Support and Protection of Victims of Crime in the European Union*, in *ERA Forum* 2013, 236. In the same period, the European context showed similar consideration toward the topic: E. Muller-Rappard, *Perspectives on the Council of Europe's Approach to the Issue of Basic Principles of Justice for Victims of Crime*, in *Human Rights Quarterly* 1990, pp. 231-245. On the topic, among the American legal literature, see A. Goldstein, *Defining the Role of the Victims in Criminal Prosecution*, in *Mississippi Law Journal* 1982, p. 515. For a broad and deep analysis of the international legal trend recognizing rights to victims of crime and with specific regard to victims' rights in international law, M. Cherif Bassiouni, *International Recognition of Victims' Rights*, in *Human Rights Law Review* 2006, p. 203.

⁹ For this purpose, the case-law of the European Court of Human Rights and of the Inter-American Court of Human rights both had a crucial role, especially in the part regarding vulnerable victims.

¹⁰ For an overview on the main changes in the standing of victims in criminal proceedings, K. Braun, *Victim Participation Rights: Variation Across Criminal Justice Systems*, Springer 2019; T. Kirchengast, *Victims and the Criminal Trial*, Springer, 2016.

¹¹ S. Allegrezza, *Victim's Statute Within Directive 2012/29/EU*, in L. Luparia (ed.), *Victims and Criminal Justice. European Standards and National Good Practices*, Wolter Kluwer 2015, pp. 3-18; S.R. Buczma, *An Overview of the Law Concerning Protection of Victims*, pp. 235-250; I.M. Rusu, *Supporting and Protecting the Victims of Crime and the European Union. Some General Considerations*, in *Acta U. Danubius* 2016, p. 73

¹² Directive 2004/80/EC on the public compensation for victims of intentional violent crimes, following the Convention of 1987 on the same issue (it can be said that; Directive 2011/99/EU on the European protection order; Directive 2011/36/EU setting rules, among others, on the protection of victims of trafficking of human beings.

¹³ Directive 2017/541/EU on combating terrorism.

Equally sensitive to victims' needs are the Council of Europe and the ECtHR: the former has opened for signature several Conventions containing provisions that, while asking for adequate and effective sanctions for specific forms of serious crimes, protect and support those who have been offended by those behaviors¹⁴. Moreover, the ECtHR, though the ECHR does not contain any provision expressly referred to victims' rights, has created a wide range of substantive and procedural obligations for the state-parties in order to protect fundamental rights¹⁵ such as the right to life (art. 2), to physical integrity (art. 3), to respect for private life (art. 8), having special regard for vulnerable victims.¹⁶ This case law, besides the jurisprudence on Art. 6 ECHR, is strictly related to victims' protection, because the ECtHR set obligations to criminalize (positive substantive obligations), and obligations of timely and effective investigations (positive procedural obligations), as an answer to the victims' right to access to justice in order to get protection.

In conclusion, it can be said that there is a clear supranational trend, made both by regulatory and case-law, leading to the recognition of the victim of crime as a person entitled to rights and protection needs, transforming the victims from a secondary character to a protagonist on the criminal justice scene.

3. Victims and Procedural Rights

If the history of the criminal trial is a history of a progressive search for a difficult-to-achieve balance between powers of the judicial authority and guarantees of the defendant, it is easy to detect how the victim's breakout on the stage of criminal justice can represent a disruptive factor, because it can alter that precarious balance, once it is achieved. Hence, it can be useful to investigate the impact of the renewed role of victims in criminal procedure, in order to verify whether it can coexist harmoniously with the framework of constitutional guarantees for the accused.

¹⁴ Besides not binding documents, with the form of the Recommendation, the Council of Europe has adopted several binding sources (for a glimpse, S.R. Buczma, *An Overview of the Law Concerning Protection of Victims*, p. 237): the most relevant are the Convention on the compensation of victims of violent crimes, Strasbourg, 24th November 1983; the Convention on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure, Strasbourg, 28th June 1985; and more recently, the Convention on the prevention of terrorism, Warsaw, 16th May 2006; the Convention on action against trafficking of human being, Warsaw, 16th May 2005; the Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse, Lanzarote, 25th October 2007; the Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul 11th May 2011.

¹⁵ M. Gialuz, *Victim's Protection in the Case Law of European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in L. Luparia (ed.), *Victims and Criminal Justice. European Standards and National Good Practices*, Wolter Kluwer 2015, pp. 29 ff.

¹⁶ Duties to prevent crimes, to persecute and investigate violations, to punish offenders, to protect victims are put on the state parties as obligations directly related to human rights protection under art. 2, art. 3, art. 8 of the ECHR. See J. Ddamulira Mujuzi, Preventing and Combating Domestic Violence in Europe: the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in *International Survey of Family Law* 2016, pp. 165-186; C. de Than, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Towards the Human Rights of Victims and Vulnerable Witnesses?*, in *Journal of Criminal Law* 2003, pp. 165-182; R. Erbaş, *Effective Criminal Investigations for Women Victims of Domestic Violence: The Approach of the ECtHR*, in *Women's Studies International Forum* 2021; P. Londono, *Positive Obligation, Criminal Procedure and Rape Cases*, in *European Human Rights Law Review* 2007, pp. 158-171; K. Starmer, *Human Rights and Victims: The Untold Story of the Human Rights Act*, in *European Human Rights Law Review* 2014, pp. 215-221 highlights the link between the ECtHR case-law and the adoption in the U.K of the Human Rights Act in 1998.

In the European context, Directive 2012/29/EU, with its binding force and its wide contents, acts as a central hub of this process, linking the numerous legal documents dedicated to specific kinds of victims or to specific needs of them under a common umbrella of provisions.

Standing as the European statute of victims of crime, Directive 2012/29/EU is worth to be analyzed to test victims' impact on the criminal justice system. Indeed, in its Recitals the Directive seems to introduce a new perspective, which can be potentially subversive of the view and aims traditionally pursued in criminal justice: stating that «a crime is a wrong against society as well as a violation of the individual rights of victims», Recital 9 requires criminal systems to take charge of victims' needs resulting from crime, collapsing any structure excluding victims from the horizons of criminal justice. The statement itself has no binding value since it is not collocated in the regulatory part of the directive; nonetheless, it is extremely interesting, because, by transcending the normative dimension, it assumes a political and programmatic meaning able to produce innovative effects in a system that for centuries considered crimes only in their public relevance with a sort of expropriation of the role of the victim in managing the conflict triggered by the crime¹⁷.

By calling for this change of perspective, Directive 2012/29/EU demands support and protection for victims and entitles them with procedural rights to information and participation, potentially breaking the precarious balance between guarantees for the accused and powers of the judicial authority.

However, on a closer inspection, Directive 2012/29/EU gives reassuring indications, which mitigate the effects on the structure of criminal proceedings: indeed, Recital 12 clarifies that «the rights set out in th[e] Directive are without prejudice to the rights of the offender» (and suspected or accused person). This proposition is confirmed in the contents of the Directive, where the rules setting procedural rights for victims repeatedly refer to the regulatory choices made by each national legal system. Recurring references to «national law» are made when providing the right to obtain information,¹⁸ the right to interpretation,¹⁹ the right to be heard,²⁰ the rights in the event of a decision not to prosecute,²¹ the right to legal aid, which must be ensured when victims have the status of parties to criminal proceedings, otherwise letting it be determined by national law.²²

Hence, the procedural rights set down by the Directive must be implemented preserving the systematic choices made by each state, which may be very different, somewhere considering victims as witnesses, somewhere else as merely injured

¹⁷ Referring to the famous thesis of N. Christie, *Conflict as Property*, in *British Journal of Criminology*, 1977, p. 1-15.

¹⁸ Art. 6 Directive 2012/29/EU sets the victims' right to information «in accordance with their role in the relevant criminal justice system».

¹⁹ Art. 7 Directive 2012/29/EU provides the right to interpretation and translation to victims «in accordance with their role in the relevant criminal justice system».

²⁰ Art. 10 § 2 Directive 2012/29/EU states that «[t]he procedural rules under which victims may be heard during the criminal proceedings and may provide evidence shall be determined by national law».

²¹ Art. 11 Directive 2011/29/EU recalls «national law» and «the relevant criminal justice system» to set the right to a review of a decision not to prosecute.

²² Art. 13 Directive 2012/29/EU introduces the said differences following the different roles of victims within each criminal justice system: indeed, where victims can participate only as witnesses, no right to legal representation is accorded.

participants, and elsewhere as proper parties of the trial;²³ furthermore, following the reservation made in Recital 12, while enforcing the rights of the victims, it must be prevented any risk to jeopardize the guarantees of the defendant.

However, only part of the victims' rights recognized by the Directive 2012/29/EU is linked to their active participation in criminal proceedings, while the European legislator is sensitive to the need for protection "from the trial": special attention is reserved to protection from secondary victimization, occurring in the occasion of victims' participation to the trial, especially in the event of meeting the accused and during witnesses.

Indeed, the repeated exposure of the victim to the accused, the reiterated interrogation about the same facts, and the recurrent attempts to undermine credibility during the testimony are common features of criminal proceedings, which can turn the witness into a stressful ordeal and generate further harm, with devastating effects when it touches vulnerable victims.²⁴

In an adversarial system, as the Italian one is supposed to be since 1988, protection from secondary victimization can be obtained through a set of cautions around the witness²⁵ or, with a stronger solution, putting limitations on the rights of the parties to conduct the cross-examination:²⁶ so the Italian legislator has set down a series of precautions aimed at reducing the number of victim's testimony during the different phases of the proceedings and at smoothing the victim's cross examination, by assigning to the judge, instead of the parties, the task of proposing the questions put forward by lawyers and prosecutors.²⁷

This solution, since it dilutes the strength of the cross-examination to protect the victim from the most aggressive questions, protect the victim from the effect of the dichotomous nature of proceedings, but it must be carefully considered in the light of the balance between opposite interests: protection of the victim and right to defence. Therefore, on the one hand, the individual assessment required by Directive 2012/29/EU to introduce special protection for vulnerable victims must be carried out with high attention, through a careful case by case evaluation; on the other hand, a victim-sensitive culture should be achieved among the legal professionals, so that they avoid the aggressive and stigmatizing way of examining the most fragile witnesses, rather using objective arguments to test their credibility.

The attention paid by the Directive to the protection from the secondary victimization confirms that criminal proceedings are quite inhospitable, if not downright hostile to the

²³ For a wide overlook of the different positions of victims in civil law and common law system, see K. Braun, *Victim Participation Rights: Variation Across Criminal Justice Systems*, pp. 203-232. J. Doak, *Victims' Right in Criminal Trials: Prospects for Participation*, in *Journal of Law and Society*, 2005, pp. 294-316.

²⁴ J. Doak, *Confrontation in the Courtroom: Shielding Vulnerable Witnesses from the Adversarial Showdown*, in *Journal of Civil Liberties*, 2000, p. 296

²⁵ Publication bans, testimony behind a screen, testimony with the aid of a support person, and restriction on access to private information referred to the victim are some cautions generally observed to reduce the risk of secondary victimization.

²⁶ L. Hoyano, *Reforming the adversarial trial for vulnerable witnesses and defendants*, in *Criminal Law Review* 2015, pp. 107-129 addresses it as a radical proposal, determining difficulties for equality of arms and effective participation by the defendant; S. Maffei, *The European right to confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*, 2006, Groningen, Europe Law Publishing.

²⁷ For an overlook on the Italian provisions, L. Luparia – M. Gialuz, *The Italian Code of Criminal Procedure*, 2nd ed., Milano WK, 2017, p. 432.

victim. Since the criminal trial is a place of violence, although domesticated through the rules of the procedure,²⁸ the very same violence affects victims as well, when participating often as a mere witness, with the main purpose not to achieve their personal interest, but to serve the general aims of criminal justice. Despite the safeguards adopted when the victim is exposed to the risk of further damage by participating in the trial, the criminal justice system, due to its accused-centered architecture, is structurally inadequate to answer to the needs of the person harmed by the crime.²⁹

4. The Needs of Victims: Rethinking the Focus on Criminal Justice

Certainly, access to justice is a pivotal right of the victim, and the Directive 2012/29/EU enhances it by entitling victims with the rights to information, participation, and protection. Nonetheless, it should be stressed that victim's needs may have different features and content, requiring answers to be found otherwise and elsewhere: the need to be recognized and listened to introducing free storytelling, the need to express their own emotions, the need to receive medical, economical, material and psychological support. They all have no space within the criminal justice system, despite their being pivotal for the wellbeing and empowerment of victims.

In this perspective the importance assigned by art. 8 and art. 9 of Directive 2012/29/EU to both general and special support services must be underlined: service rights³⁰ should be guaranteed independently of the criminal trial, as the access to support services is provided «before, during and for an appropriate time after criminal proceeding», making clear that it «is not dependent on a victim making formal complaint». A wide and diffused implementation of victims' services is necessary for response to the concrete needs of the person offended by crime: indeed, most of the victims have material and practical needs, as well as they ask for psychological assistance to overcome trauma, while access to justice often remains a residual interest and plays a minimum role in restoring victims.

In spite of this consideration, a significant delay in creating support services is reported in many European countries³¹, whose legislators have so far given prominence to the abstract category of victims by carrying out criminal policies following a law-and-order pattern, while too often the concrete needs of the person victim of crime are neglected. But the identification of victims' needs with prosecution and punishment creates a dangerous equation, both for the victim and for the defendant: the former risks to be used for reasons transcending their own concrete needs, and the latter risks to be limited in some procedural rights.

²⁸ A. Garapon, *Bien Juger: Essai Sur le Rituel Judiciaire*, p. 317.

²⁹ J. Doak, *Victims' Rights in Criminal Trials*, p. 297, observes that the «bipartisan structure of criminal proceedings dictates that trials are typically characterized by a highly competitive atmosphere, which renders them fundamentally ill-equipped to address emotional trauma and private conflicts that have arisen as a result of the offence».

³⁰ The expression “service rights”, with its difference from the victims' procedural rights, is focused by A. Sanders, *Victim Participation in an Exclusionary Criminal Justice System*, in C. Houle, R. Young (eds.), *New Vision of Crime Victims*, Hart Publishing Oxford, 2001, p. 204.

³¹ As pointed out in the VOciare Report, coordinated by Victims Support Europe, both Romania and Italy are among the few EU member states that do not have generic support services for victims of crime yet, failing to implement art. 8 of the Directive 2012/29/EU. See VOciare Report: The Implementation of the Victims Directive in Romania, in <https://actedo.org/en/vociare-report-the-implementation-of-victims-directive-romania/>.

The great relevance sometimes given to victims' voice in the criminal policies and within the judicial context is sadly matched with minimal attention for mechanisms supporting and assisting the person harmed by a crime: the overvaluation of victims' interest for punishment and the undervaluation of victims' requirements for support and assistance seems the effect of a state discharging its social functions.

Moreover, the rights to have a damage compensation can be outlined in the courtrooms, as well as the need to be recognized, to be listened to, to be understood have no way to enter in the criminal trial since it is narrow-focused on the accusation made against the defendant;³² conversely, they can find space in other pathways to justice, such as restorative justice.

The carelessness of the criminal justice system regarding victims' needs and interests should suggest looking elsewhere at a more welcoming, less conflictual way of "making things right"; restorative justice, not surprisingly provided by art. 12 of Directive 2012/29/EU, can represent a paradigm of making justice "out of the box", which allows addressing victims' needs to recover, producing healing and empowerment. Moreover, the participation in the restorative process, based on an informed and free will of all the parties, follows principles and achieves outputs that have not a punitive dimension; therefore, since here the dialectic is replaced by dialogue that leads the parties towards a shared and collective agreement, there is no risk to compromise defendant's guarantees.

In conclusion, if the entry of the victim onto the scene of the criminal trial might have had a subversive effect on the system, it is precisely the Directive 2012/29/EU that prevents it, by recognizing a plurality of rights, which are only partially interesting criminal proceedings. The focus on the victim as a human being, requiring care and support, assigns to the criminal justice system a peripheral position, which can answer only partially to victim's needs; even the right of access to justice can find an answer but partial in criminal proceedings, heading towards other forms of justice as well, that can better host the victim.

³² Retrieving the words of W. Pizzi, *Trials Without Truth*, 1999, p. 197, J. Doak, *Victims' Rights in Criminal Trials*, p. 298, notices that the «witnesses are thereby confined to answering questions within the parameters set down by the questioner. The victim is denied the opportunity to relay his or her own narrative to the court using his or her own words».

NOI, POPORUL? DE LA FICȚIUNEA CONSTITUȚIONALĂ A SUVERANITĂȚII LA NARAȚIUNEA SUPREMAȚIEI DREPTULUI UE

WE, THE PEOPLE? FROM THE CONSTITUTIONAL FICTION
ON SOVEREIGNTY TO THE NARRATIVE OF THE EU LAW'S SUPREMACY

Gabriela GOUDENHOOF¹

Rezumat:

Retorica suveranității face parte din discursul constituțional al oricărui stat modern, chiar dacă teoria suveranității populare sau naționale are rădăcini filosofice mai vechi. Supremația și independența puterii de stat sunt rezultatul unui consens și a unor cedări de libertate asumate și menite să ofere garanții constituționale celor care au înțeles valoarea acestei construcții; așadar "noi poporul" reprezintă una din ficțiunile juridice și politice în jurul căreia statul democratic își legitimează autoritatea.

Lucrarea își propune să analizeze critic modul în care diferitele categorii de suveranitate au ajuns să intre în competiție generând conflicte constituționale și cum afectează aceste conflicte construcția europeană și capacitatea de reziliență și reformare a Uniunii Europene. Abordarea este una din perspectivă post modernă și constructivistă și încearcă să arunce o lumină asupra viitorului și șanselor pe care le are ideea de supremație a dreptului UE în raport cu legislația națională, într-o lume în care subiectul suveranității pare să fie tot mai sensibil și mai complex. Rezultatul unor eventuale conflicte va arăta capacitatea dreptului UE de a rezista în timp și va pune la încercare integrarea europeană.

Cuvinte cheie: suveranitate, constituție, discurs, ordine legală a UE

Abstract:

The rhetoric of sovereignty is part of the constitutional discourse of any modern state, even if the theory of popular sovereignty or national sovereignty has older philosophical roots. The supremacy and independence of state power are the result of a consensus and of some concessions assumed by people and meant to offer constitutional guarantees to those who understood the value of these constructions; therefore "we the people" represents an expression of a legal and political fiction around which the democratic state legitimizes its own authority.

The paper proposes to critically analyze how different categories of sovereignty have come to compete by generating constitutional conflicts and how these conflicts affect European construction, resilience and transformation capacity of the European Union. The approach is a post-modern and constructivist one, and seeks to highlight the future and the chances of the idea of the supremacy of EU law over national law, in a world where the sovereignty topic seems to be more and more sensitive and more complex. The outcome of possible conflicts will show the EU's ability to stand the test of time and will assay European integration process.

Keywords: sovereignty, constitution, discourse, EU legal order

¹ Conf.univ.dr., Directorul Departamentului de Științe Politice și Științele Comunicării Facultatea de Istorie, Relații Internaționale, Științe Politice și Științele Comunicării, Universitatea din Oradea, gabrielagoud@gmail.com

Introducere

De la teoria lui Jean Bodin asupra suveranității ca fiind puterea absolută, indivizibilă și perpetuă a unei republici, ”puterea maximă de comandă”², la teoria reprezentării lui Thomas Hobbes ca justificare a puterii prin dreptul de autoconservare și pacificare, suveranitatea a evoluat trecând de la legitimarea puterii monarhului la suveranitatea poporului și suveranitatea națională, cunoscând apogeul în liberalismul constituțional al lui John Locke și Jean-Jacques Rousseau și la ideea că ea, suveranitatea este indivizibilă și inalienabilă cristalizând voința generală și binele public, baza oricărui contract social.

Teoriile postconvenționaliste, observând că toate sectoarele vieții sociale au fost invadate de norme și standarde, oferă o aplicare extensivă a ideii de autoritate. O adeziune rațională, un consens social la acest ansamblu lărgit de convenții se mișcă între utopie și deconvenționalizare radicală până la ideea că lumea în care trăim este una post-suverană în care statul-națiune și aranjamentele instituționale post-moderne și structurile globale de guvernare sunt reciproc nesatisfăcătoare.

Lumea postmodernă ea însăși ne oferă posibilități nenumărate dar ele sunt adesea presărate cu capcane deoarece este o lume ale cărei premise schimbătoare le reconstruim permanent. Paradigma postmodernă care reinterpretează convențiile clasice presupune că realitățile pe care le experimentăm, nu sunt altceva decât construcții sociale, produse ale culturii pe care fiecare societate le generează. Plecând de la cartea lui Peter Berger și Thomas Luckmann asupra construcției sociale a realității, publicată în anii '60, putem privi conceptul de suveranitate drept construcție socială în sensul unei manifeste aparențe de realitate sau de naturalețe, chiar dacă ea nu este altceva decât o ficțiune juridică, o invenție, un dispozitiv construit social, menit să ne permită să acționăm în cadrele sociale pe baza unor reguli stabilite.

Transpusă în domeniul dreptului constituțional și al celui european, paradigma aceasta duce la chestionarea suveranității, interpretabilă nu ca un adevăr factual, obiectiv ci ca o construcție socială. Vorbim despre narațiunea constituțională care nu este și nu poate fi exhaustivă, căci ea nu răspunde la toate întrebările, nu rezolvă toate problemele. Uneori creatorii discursului, naratorii și cei care interpretează constituția au rolul de a umple spațiile goale și când o fac ei contribuie de fapt la construirea unei ficțiuni. Ficțiunea suveranității, națiunea imaginată, precum și acel personaj colectiv, *noi poporul*, în numele căruia se construiește ordinea constituțională este o construcție socială, atât dacă ne referim la ordinea constituțională națională cât și la cea europeană. Comunitățile imaginate, așa cum definea Benedict Anderson națiunile, sunt construcții sociale diferite de comunitățile reale prin gradul de interacțiune și cunoașterea abstractă a membrilor ei: o astfel de comunitate imaginată este diferită de o comunitate reală pentru că nu este bazată pe interacțiuni zilnice față în față între membrii săi. Benedict Anderson specifică anume ”o comunitate imaginată politic și suveran”, drept cea în care membrii păstrează în memorie o imagine mentală a afinității lor.³ Membrii acestor comunități nu se vor întâlni niciodată cu toții și nu se vor cunoaște nicidecum ca grup în mod exhaustiv, dar este plauzibil că au interese

² Lucrarea lui Jean Bodin, *Les six Livres de la République*, publicată în 1576, conține un capitol întreg, cel de al VIII-lea din cartea I, dedicată conceptului de suveranitate

³ Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, 1983, p.3.

similare și că se identifică drept părți ale aceleiași națiuni. Mass-media îi transformă în public cărui i se adresează pentru a-și atrage audiențele. Națiunile sunt suverane în opinia lui Anderson deoarece visează să fie libere și independente, în rândul acestor comunități creându-se o puternică solidaritate, ”camaraderie pe orizontală”.

O reinterpretare a experienței constituționale prin care să găsim o formulă de legitimeare sau de întărire a democrației europene nu este în cele din urmă altceva decât un demers politic al cărui triumf pare să fie tot mai îndepărtat.

Precondiția suveranității și reinterpretarea ei

Există tot mai mulți analiști care susțin că suveranitatea este erodată⁴ de factori precum globalizarea, internaționalizarea, integrarea ș.a.m.d. și pretind că autoritatea statelor se confruntă cu probleme tot mai mari simultan sau din pricina lipsei de simetrie a puterii exercitate dintr-un aranjament instituțional cu actori tot mai dispersați. Sintetizând teoriile asupra suveranității, Stephen Krasner de pildă arată că termenul de suveranitate este folosit în patru direcții sau accepțiuni⁵: suveranitate juridică internațională, suveranitate Westfaliană, suveranitate internă și suveranitate a interdependenței.

1. Suveranitatea legală internațională se referă la practicile de recunoaștere reciprocă între entități independente.
2. Suveranitatea Westfaliană se referă la organizarea politică bazată pe excluderea autorității externe pe un teritoriu dat.
3. Suveranitatea internă vizează organizarea formală a autorității politice în cadrul etatic și capacitatea autorităților publice de a exercita un control efectiv și propriile politici în limitele propriilor frontiere.
4. Suveranitatea interdependenței se referă la capacitatea autorităților publice de a reglementa fluxurile de informații, idei, bunuri, capitaluri, forță de muncă dincolo de propriile frontiere

În vreme ce suveranitatea juridică internațională și suveranitatea Westfaliană implică procese de autoritate și legitimitate, ele nu vizează în mod direct controlul. Acest lucru se întâmplă cu precădere în cazul suveranității interne, care implică atât autoritatea, cât și controlul, exercitate cu legitimitate în cadrul unei organizații politice, iar suveranitatea interdependenței e preocupată mai degrabă de control dincolo de granițele statului decât de autoritate.

Conceptul de suveranitate are un rol central în doctrina legitimității politice. Pornind de la ideea că puterea aparține poporului putem stabili sursa puterii și esența legitimității ei: ”Înseamnă că puterea este legitimă numai dacă vine în mod real de jos, numai dacă este o emanație a voinței poporului și numai dacă se bazează pe un anumit *consens fundamental, manifest*”⁶. Suveranitatea în jurul căreia se constituie orice discuție despre democrație face ea însăși parte din grupul ficțiunilor juridice și, dincolo de forma pe care o îmbracă la diferite popoare, legitimează procesul decizional și puterea însăși⁷, fie că este vorba despre întregul corp electoral, fie că se divizează în câțiva actori acționând

⁴ Krasner, Stephen D., *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press, 1999, p.3

⁵ Ibidem.

⁶ Sartori, Giovanni, *Teoria democrației reinterpretată*, traducere Doru Pop, Iași: Polirom, 1999, p.55.

⁷ Goudenhooff, Gabriela, *Legitimitea. Ritualuri ale legalității și autoritate discursivă*, Iași: Adenium, 2014, p.66.

în numele poporului sau chiar ca societate acționând asupra ei însăși prin ea însăși așa cu o concepere Tocqueville⁸.

Încercând o reinterpretare a precondiției suveranității în ordinea constituțională și supranațională folosind paradigma constructivistă și o abordare preponderent postmodernă putem face o serie de observații cu privire la dezbaterile recente din Uniunea Europeană care au introdus dacă nu noi paradigme, cel puțin noi utilizări ale suveranității aducând în discursul public ideea de *partajare a suveranității* sau pe aceea de *unificare sau punere în comun a suveranității*.⁹

Uniunea Europeană nu este un stat federal, deși are o serie de caracteristici de acest tip, ci este considerat un sistem politic, un cadru al guvernantei multinivel, care poate fi descris mai degrabă ca "un "quasi-stat", sau ca un "stat internațional", sau chiar ca un model al guvernării post-moderne într-o ordine europeană post-modernă"¹⁰, dacă este să avem în vedere clasificarea triadică *Westfalian-Normativ-Post-modern*¹¹.

În viziunea lui William Wallace, statele post-moderne europene sunt mult mai complexe spre deosebire de cele moderne, definite esențial de natura lor unitară, surclasând rețeaua de guvernare, atenuând distincția dintre politici interne și externe care nu mai sunt strict delimitate ca în paradigma clasică a suveranității, ci se întrepătrund creând comunități transparente capabile chiar și să-și garanteze reciproc securitatea. Această ordine europeană post-modernă emergentă este probabil una post-suverană caracterizată "prin rețele de politici dezagregate și procese decizionale opace, fără niciunul dintre simbolurile, miturile sau ritualurile prin care guvernării naționale ai statelor moderne au edificat un sentiment de solidaritate națională"¹². Autorul crede că epoca post-modernă este caracterizată prin simultaneitatea identităților și a rolurilor pe care cetățenii le schimbă în căutarea celor mai bune condiții de viață și de muncă, afectați de eșecul statelor naționale de a le furniza bunăstare și securitate.

Problemele de genul unei adevărate "patologii ale neconformării" la legislația europeană apar în opinia unor autori mai ales din suprapunerea ideii de suveranitate pusă în comun, partajată, cu responsabilitatea segregată.¹³

Conflicte ale suveranității: eșecul Tratatului și controversa primatului dreptului UE

Conflictele de suveranitate s-au diversificat în timp, de la opoziția tradițională dintre suveranitatea națională și formele embrionare de suveranitate supranațională la nivelul UE– conflicte de suveranitate verticale -, până la noile forme complexe de conflicte orizontale

⁸ Tocqueville, Alexis de, (2005), *Despre democrație în America*, traducere Claudia Dumitriu, vol. 1, București: Humanitas, p.94.

⁹ Brack, Nathalie, Coman, Ramona & Crespy, Amandine, *Unpacking old and new conflicts of sovereignty in the European polity*, Journal of European Integration, 41:7, pp.817-832, 2019, DOI: 10.1080/07036337.2019.1665657.

¹⁰ Wallace, William, *The Sharing of Sovereignty: The European Paradox*. Political Studies, 47(3), 1999, doi: 10.1111/1467-9248.00214, p.519.

¹¹ Streek, Wolfgang and Schmitter, Philippe, *From national corporatism to transnational pluralism: organized interests in the Single European Market*, Politics and Society, 19, 1991, p.159.

¹² Wallace, William, op.cit., p.520.

¹³ Peterson, John, *The European Union: Pooled Sovereignty, Divided Accountability*, Political Studies, 45 (3), 1997, pp.559-578, DOI: 10.1111/1467-9248.00096, p.561.

și diagonale: suveranitate parlamentară vs. UE sau suveranitate parlamentară vs. suveranitate populară.¹⁴

Sistemul internațional actual este unul foarte complex, dar destul de slab instituționalizat și, așa cum apreciază Stephen Krasner, îi lipsesc ierarhiile autorizate, iar acolo unde normele sunt inconsecvente și puterea este asimetrică.¹⁵ Nu întâmplător autorul folosește expresia *ipocrizie organizată* pentru a exprima plastic sinteza unui establishment al lipsei de norme, al urmăririi selective a regulilor sau mai bine zis al lipsei de consecvență din lumea politică, unde deciziile urmează cele mai diverse interese și nu principiul sau regula care, mai ales în modelul suveranității Westfaliene, a fost mereu contestată, mereu pusă la încercare, meru înlocuită cu alternative în funcție de interesele conjuncturale ale unora sau altora. *Ipocrizia organizată* caracterizează cel mai bine sistemele moderne care simulează respectul pentru reguli.

Ceea ce a rămas ca o esență comună atât pentru modelul modern al suveranității cu triada etatică (*Teritoriu-Populație-Autoritate suverană*), cât și pentru cel post-modern o constituie ideea de construct social: de-a lungul timpului pot fi analizate o sumedenie de ”practici care au construit, reprodus, reconstruit și deconstruit diferite idealuri suverane” precum și alternative la ele, constructe sociale specifice contextelor istorice în care au apărut¹⁶. Iar translatarea Uniunii Europene dincolo de idealul statelor-națiuni o constituie o provocare a cărui final nu îl putem încă prevedea.

Suveranitatea din perspectiva constructivismului se confundă cu adesea cu discursul suveranității, iar nararea suveranității are ca precondiție abilitatea de a construi discursul, de a ”spune povestea” în termeni constituționali. În logica de sorginte Kelseniană, sistemele politice și juridice se legitimează în baza fundației constituționale. Este o premisă de la care pleacă mai toate argumentările pe care se sprijină democrațiile actuale, ori, în cazul Uniunii Europene, eșecul demersului constituțional a generat o sursă de noi conflicte privind suveranitatea și legitimitatea democratică tocmai prin ambivalența constituționalității sau bi-dimensionalitatea suveranității.

Povestea ”Constituției Europene” este una cu final negativ dar nu neașteptat. Deși atent concepută și ferm aprobată inter-guvernamental, ea s-a transformat într-un document al ”disidenței constituționale” fiind respinsă de votul popular și exprimând nemulțumirea publică față de scopurile integraționiste ale Uniunii Europene. Strategia legalist-construc-tivistă a dezvoltării constituționale europene a eșuat în opinia unor autori precum Everson și Eisner¹⁷, pentru că a glisat de la mitul dualist la ficțiunea comunitară. Ficțiunea comunitară se referă la idealul european de a-i face pe cetățeni să se identifice cu comunitatea europeană, așadar să creeze acel personaj colectiv suveran, ”noi europenii”. Și cum legitimitatea constituției se bazează pe ideea de suveranitate populară sau națională, care întruchipează și extinde voința politică a poporului în corpul constituției, căci exercitarea puterii constituționale nu o face altcineva decât ”noi poporul”, legitimitatea ordinii juridice neconstituționale se naște prin acordul cu ordinea constituțională – rezultând o structură

¹⁴ Brack, Nathalie, Coman, Ramona & Crespy, Amandine, op.cit., p.818.

¹⁵ Krasner, op.cit.p.42.

¹⁶ Biersteker, Thomas J. and Weber, Cynthia (eds.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp 3-4.

¹⁷ Everson, Michelle and Eisner, Julia, *The Making of a European Constitution. Judges and Law Beyond Constitutive Power*, Routledge-Cavendish, 2007

dualistă a legitimității de ordine constituțională ca aranjament constituțional sau așezare constituțională.

Discursul legislativ care implică performanța legislativă ține de o legitimitate dată de legalitate, care este neutră valoric și unde cetățenii sunt blocați în participare, dar își dau acordul/suportul masiv; legislatorul deține un soi de monopol al activității sale, iar canalul de comunicare este unilateral. El face totuși, în plan simbolic, referire la subiecții cărora li se adresează, societatea, cetățenii care, prin intermediul celei de a doua modalități, actul de voință, și-au transmis contractual vrerea reprezentanților, cedând o parte din drepturile lor (contractul social). Ordinea aceasta abstractă este prezentă în textele (preambulul) celor mai multe dintre Carte, Proclamații, Declarații, Constituții; impersonal, dar prezent, „noi poporul, noi națiunea ... am decis”. Totuși, nu noi, poporul, vorbim, ci în numele nostru se vorbește!¹⁸

Realizarea unui aranjament constituțional european a fost un țel ambițios. Dacă identitatea constituțională națională îi permite să funcționeze ca o referință de maximă relevanță legală și oferă întregului sistem legislativ legitimitate și capacitatea de a menține ordinea constituțională, o totalizare a miturilor constituționale europene ar fi creat și pentru UE acel așezământ constituțional providențial. Iar realizarea unui settlement constituțional european presupune din perspectiva acestei paradigme existența unui *demos* european care să reprezinte puterea constituantă originală europeană, capabil să impună o ordine constituțională proprie și acel controversat primat al dreptului european. Dar această putere constituantă originală nu s-a manifestat în mod unitar așa cum era de dorit, astfel încât am asistat la o prematură ”moarte a constituției Europei”¹⁹. Problema nu este în mod simplist cum s-a spus de multe ori: că cetățenii francezi și cei olandezi au respins proiectul de constituție în referendumuri separate, ci că nu s-a manifestat acel *demos* european care să asigure legitimitatea democratică a întregii construcții. Așa numitele erezii naționaliste, a se vedea cazul Ungariei și al Poloniei, dar și anumite decizii ale curților constituționale ale anumitor state membre, a se vedea cazul Germaniei și al Belgiei, chestionează și chiar zguduie această construcție prin interpretările date.

Nici politicile Uniunii Europene nu au scăpat de testul suveranității populare. Curtea Constituțională a Germaniei a avut adesea o poziție critică, uneori chiar sfidătoare față de doctrina Curții de Justiție a Uniunii Europene, în varii chestiuni precum *Kompetenz-Kompetenz*, capacitatea CJUE de a se pronunța cu privire la propria sa competență, prosibilitatea retragerii din Uniune a statelor membre și multe altele. Evitând limbajul grosolan al naționalismului, ”statul über alles”, constituționaliștii germani s-au arătat destul de tranșant poziția față de viitorul construcției europene inclusiv cu prilejul celebrei decizii privind Tratatul de la Maastricht²⁰, prin intermediul căreia s-a formulat teza ”No demos” susținându-se absența unui *demos* pan-european care să combine identitatea cu cetățenia și care să justifice și să legitimeze o politică europeană pe deplin democratică.

Curtea constituțională federală germană, comportându-se asemenea unui actor politic, și-a rezervat dreptul, confirmat atât în cazul Maastricht cât și în spețele Solange I și

¹⁸ Goudenhoofft, op.cit., p.83.

¹⁹ Everson și Eisner, op cit.: ”The constitution is dead”, p.13.

²⁰ Joseph H.H. Weiller, *The State "über alles" : Demos, Telos and the german Maastrich decision*, San Domenico [Firenze]: European University Institute, 1995, disponibil online pe <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/95/9506ind.html#VI>, accesat în 13.02.2022.

Solange II²¹ de a verifica dacă un tratat, o normă sau o directivă comunitară încalcă limitele competențelor Uniunii Europene. Se simte așadar o carență în legitimitatea UE care, chiar izvorâtă din statele naționale care ratifică fiecare tratat confirmându-i astfel autoritatea nu este suficient de puternică și carența ar putea fi compensată prin ”schematizarea unui cadru accentuat care să marcheze limitele competențelor comunitare”²². Argumentul lui Joseph Weiler atrage atenția asupra neliniștilor legate de deficitul democratic din Uniunea Europeană și de rolul controversat al CJUE, făcându-ne să reflectăm asupra necesității întăririi legitimității democratice în procesul decizional european.

Într-un interviu publicat în cotidianul *Gazet van Antwerpen*²³ din 11 mai 2010, Marc Bossuyt, președintele Curții Constituționale a Belgiei a criticat CJUE (dar și CEDO), arătând că nu sunt niște critici solitari, atâta vreme cât o poziție asemănătoare au și britanicii cu privire la jurisprudența tot mai extinsă a Curții de la Luxemburg care se comportă amenințător și riscant ca un guvern de judecători care își tot lărgesc competențele și dau interpretări controversate principiilor dreptului UE.

Curtea Constituțională a Ungariei²⁴ și guvernul acesteia²⁵, dar și Tribunalul Constituțional al Poloniei s-au arătat, la rândul lor, adesea, deranjate de deciziile CJUE, contestând primatul legislației europene și afirmând că suveranitatea statelor membre este afectată într-un mod nedorit și că unele prevederi ale tratatelor UE sunt incompatibile cu prevederile constituționale naționale²⁶.

Tribunalului Constituțional al Poloniei a afirmat cu prilejul a cel puțin trei hotărâri diferite că prevederile fundamentale ale Tratatului privind UE (articolele 1 și 19 în speță) sunt neconstituționale în conformitate cu legea poloneză. Declarații tipice: „Supremația dreptului UE nu este alb-negru”, ”Constituția noastră este superioară” contestă supremația dreptului UE²⁷. Decizia Tribunalului Constituțional a venit după ce prim-ministrul polonez Mateusz Morawiecki a solicitat revizuirea unei decizii a Curții de Justiție a UE care a acordat întâietatea prevederilor UE. Doi din 14 judecători din completul tribunalului au făcut opinie separată.

Conflictele de suveranitate izbucnesc la nivelul Uniunii Europene cu prilejul unor măsuri și politici care se iau la nivelul instituțiilor europene, așa cum a fost politica monetară (speța Karlsruhe), managementul frontierelor în timpul crizei refugiaților și planul Comisiei de a-i reloca în diverse state membre din UE cu scopul subsidiar de a crea un nivel acceptabil al responsabilității comune și a solidarității în baza valorilor comune pe care Uniunea și le-a asumat și le promovează. Dar s-a dovedit că există mulți factori declanșatori ai

²¹ Spețele au avut ca obiect chestiunea licențelor de export în cadrul Politicii Agricole Comune și riscul încălcării drepturilor omului protejate de constituția germană. Instanța germană a acceptat efectiv primatul dreptului UE în această instanță „atâta timp cât” nu a încălcat protecțiile fundamentale din dreptul german și ”atâta timp cât” Comunitățile Europene asigură în general o protecție efectivă a drepturilor substanțial similară cu protecția cerută necondiționat de Constituția Germaniei.

²² Matei Ladea, *Curtea constituțională germană, balanță a relației federalo-comunitară*. Annals of the University of Bucharest / Political science series, 14(2), 111-132. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssor-3900122012>, p.122, accesat în 13.02.2022.

²³ <https://www.gva.be/cnt/aid927405>, accesat în 16.05.2014.

²⁴ Criticile au fost făcute mai ales în chestiuni privitoare la verdictul CJUE care anula represiunile împotriva solicitanților de azil.

²⁵ <https://www.reuters.com/world/europe/hungarian-court-discusses-government-motion-challenging-supremacy-eu-law-2021-11-15/>, accesat în 10.01.2022.

²⁶ <https://www.swissinfo.ch/eng/hungarian-court-discusses-government-motion-challenging-supremacy-of-eu-law/47111688>, accesat în 10.01.2022.

²⁷ <https://www.dw.com/en/polands-top-court-rules-against-primacy-of-eu-law/a-59440843>, accesat în 13.02.2022.

pasiunilor suveraniste, ceea ce dovedește că suveranitatea va rămâne încă un cartof fierbinte în jocul ambițios de regândire a viitorului construcției europene iar partidele populiste din statele membre nu ezită să folosească situația ori de câte ori exploatarea conflictelor de suveranitate le-ar aduce avantaje electorale, așa cum s-a întâmplat în numeroase cazuri în Marea Britanie, Spania, Grecia, Polonia și Ungaria.

Brexitul este unul dintre cele mai prezentate exemple de conflicte de suveranitate nu neapărat între un stat membru și UE, ci mai ales între diverse orientări constituționale și accepțiuni interne concurente ale suveranității populare și parlamentare. Victor Orban, aflat în campanie electorală pentru alegerile care urmează să aibă loc în aprilie 2022, amenință cu posibilitatea ieșirii Ungariei din UE pe care o acuză că duce ”un război sfânt, un jihad”²⁸ sub sloganul statului de drept. Premierul ungar este nemulțumit, ca și reprezentanții guvernului polonez de altfel, de mecanismul adoptat în decembrie 2020 care determină pirederea de fonduri de la bugetul general al UE de către țările care încalcă statul de drept și a dreptului UE.

Din analiza hotărârilor CJUE se observă o constantă înclinare a balanței de la Luxemburg către părțile fie ele state membre ori reprezentanți ai societății civile ”care susțin suveranitatea supranațională”.²⁹ Iar această poziție de părtinire pare să mențină focul aprins sub una dintre cele mai sensibile probleme, cum este aceea a suveranității sau cea a primatului dreptului UE. Dacă acceptăm că nu există un popor european, atunci ”singurele comunități democratice legitime în luarea deciziilor din politica UE sunt popoarele UE”. Negarea existenței unui popor european este combinată cu o concepție etatistă asupra suveranității. Statul este fundamentul și frameworkul reprezentării democratice. ”Suveranitatea populară națională pretinde astfel că statele-națiuni suverane rămân singurele structuri democratice legitime din politica transnațională a Europei”.³⁰ În opinia lui Jan Peter Beetz suveranitatea europeană este legată de ”statalizarea Europeană”, de crearea unui superstat european cu politici transnaționale și de renunțarea pretențiilor la suveranitate a statelor membre. Autorul crede că originea conflictelor rezidă în multitudinea accepțiunilor asupra suveranității populare³¹:

- suveranitatea populară națională
- suveranitatea populară europeană
- suveranitatea populară simultană
- suveranitatea populară comună

Iar aceste diferite formule de suveranitate populară intră în competiție prin alternative ale aranjamentelor instituționale propuse și generează conflicte.

Mergând mai departe putem distinge între suveranitatea *de facto* și cea *de jure* a statului și, nu în cele din urmă putem identifica o ”suveranitate post-națională intermediară între suveranitatea națională și cea supra-națională”.

Limbajul supremației dreptului european se află în strânsă legătură cu suveranitatea supranațională. Tensiunile apărute în acceptarea acestui primat au rezultat și din faptul că acesta nu este menționat nicăieri în tratate în mod explicit și că rezultă mai degrabă din interpretările, jurisprudența³² și practicile CJUE, stârnind anumite neliniști sau măcar

²⁸ <https://cursdegovernare.ro/viktor-orban-invoca-posibilitatea-iesirii-ungariei-din-ue.html>

²⁹ Brack, Coman și Crespy, op.cit., p.828.

³⁰ Beetz, Jan Pieter, *Safeguarding, shifting, splitting or sharing? Conflicting conceptions of popular sovereignty in the EU-polity*. Journal of European Integration, 41(7), 2019, p.941.

³¹ Ibidem, p.948.

³² Costa vs.Enel și Van Gend & Loos.

atitudini defensive în rândul statelor membre, fapt ce nu contribuie la creșterea angajamentului față de principiul supremației. Toate aceste provocări au generat expresia ”pluralism constituțional” și ”teza bi-dimensionalității”.

Tribunalul constituțional polonez arată cu obstinență că primatul dreptului UE asupra celui național nu este absolut și nu este necondiționat. Transferul de competențe efectuat de la nivel național la nivel comunitar confirmă relevanța constituției naționale ca izvor primar de drept, ceea ce a determinat mari rezerve în a face trimiteri preliminare către CJUE” riscând emiterea unor decizii controversate, contrare principiilor dreptului european ” și, menținând o poziție foarte conservatoare vizavi de primatul dreptului european, curtea poloneză pare să-și *îngheșue* propriile competențe peste cele comunitare.³³

Potrivit tezei bidimensionalității³⁴, supremația UE are două dimensiuni, prima aparținând nivelului supranațional, așa cum a dovedit CJUE cu ocazia cazului Karlsruhe, concretizată în:

- Primatul absolut și necondiționat al dreptului UE asupra dreptul național
- Competența exclusivă a CJUE de a invalida legislația secundară a UE
- Efectul obligatoriu pe care hotărârile CJUE îl au asupra instanțelor naționale de trimitere a întrebărilor preliminare.

Cea de a doua dimensiune este cea națională, care să permită încorporarea dreptului UE în ordinea constituțională națională.

Concluzii

Tensiunile și revendicările contradictorii privind competiția dintre autoritatea suverană națională și cea supranațională ar putea fi rezolvată pe diverse căi: dialog judiciar, toleranță reciprocă, introducerea unei clauze de supremație în tratate etc.

Problema o constituie însă grava inadecvare între politicile transnaționale care presupun o anumită reziliență din partea statelor membre și discursul juridic formal conservator. În acest sens o soluție ar putea-o constitui o adaptare acestui discurs, o deschidere a raționalității juridice din interior³⁵, pentru a nu afecta misiunea integratoare a construcției europene.

Dar statele membre sunt afectate de deceniul de criză și de euroscepticism prin care au trecut iar reformarea Europei poate să fie o provocare pe foarte multe niveluri, inclusiv în modul în care funcționează acum integrarea europeană. Dialogul, însemnând chiar posibilitatea ca judecătorii naționali să critice hotărârile CJUE ”ar fi o soluție de a dezvolta cultura publică a unei democrații constituționale europene și ar permite viziune mai îndrăznească a integrării³⁶.

Așadar poate că răspunsul vine din recunoașterea eșecului competiției celor două dimensiuni rivale, cea supranațională europeană și cea națională internă, constituțională și recunoașterea existenței și rolului dimensiunilor post-naționale și post-tradiționale ca alternative viabile.

³³ Kuzelewska, E., & Kuzelewski, D., *The Supremacy of the EU Law as Interpreted by the Polish Constitutional Tribunal. European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, in Elzbieta Kuzelewska, Dariusz Kloza, Izabela Krasnicka, Franciszek Strzyczkowski, (eds) *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, Cambridge: Intersentia, 2015, p. 139.

³⁴ Perju, Vlad, *Against Bidimensional Supremacy in EU Constitutionalism*, German Law Journal, 2020, 21, p.1007.

³⁵ Ibidem, p.1010.

³⁶ Ibidem, p.1022.

Bibliografie:

1. Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, 1983.
2. Beetz, Jan Pieter, *Safeguarding, shifting, splitting or sharing? Conflicting conceptions of popular sovereignty in the EU-polity*. *Journal of European Integration*, 41(7), 2019, pp.937–953. doi:10.1080/07036337.2019.1665662.
3. Biersteker, Thomas J. and Weber, Cynthia (eds.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
4. Berger, Peter L. and Luckmann, Thomas, *The Social Construction of Reality : A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Anchor, 1967.
5. Brack, Nathalie, Coman, Ramona & Crespy, Amandine, *Unpacking old and new conflicts of sovereignty in the European polity*, *Journal of European Integration*, 41:7, pp.817-832, 2019, DOI: 10.1080/07036337.2019.1665657.
6. Everson, Michelle and Eisner, Julia, *The Making of a European Constitution. Judges and Law Beyond Constitutive Power*, Routledge-Cavendish, 2007.
7. Goudenhoofft, Gabriela, *Legitimitatea. Ritualuri ale legalității și autoritate discursivă*, Iași: Adenium, 2014.
8. Krasner, Stephen D., *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press, 1999.
9. Kuźelewska, E., & Kuźelewski, D., *The Supremacy of the EU Law as Interpreted by the Polish Constitutional Tribunal*. *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, in Elzbieta Kuzelewska, Dariusz Kloza, Izabela Krasnicka, Franciszek Strzyczkowski, (eds) *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, Cambridge: Intersentia, 2015, pp. 127–142.
10. Ladea, Matei, *Curtea constituțională germană, balanță a relației federalo-comunitară*. *Annals of the University of Bucharest / Political science series*, 14(2), 111-132. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-3900122012>.
11. Perju, Vlad, *Against Bidimensional Supremacy in EU Constitutionalism*, *German Law Journal*, 2020, 21, pp. 1006–1022 doi:10.1017/glj.2020.59.
12. Peterson, John, *The European Union: Pooled Sovereignty, Divided Accountability*, *Political Studies*, 45 (3), 1997, pp.559-578, DOI: 10.1111/1467-9248.00096.
13. Sartori, Giovanni, *Teoria democrației reinterpretată*, traducere Doru Pop, Iași: Polirom, 1999.
14. Streek, Wolfgang and Schmitter, Philippe, *From national corporatism to transnational pluralism: organized interests in the Single European Market*, *Politics and Society*, 19, Issue 2, 1991, pp.133-164.
15. Tocqueville, Alexis de, (2005), *Despre democrație în America*, traducere Claudia Dumitriu, vol. 1 și 2, București: Humanitas.
16. Wallace, William, *The Sharing of Sovereignty: The European Paradox*. *Political Studies*, 47(3), pp.503–521. 1999, doi:10.1111/1467-9248.00214
17. Weiller, Joseph, H.H. *The State "über alles" : Demos, Telos and the german Maastrich decision*, San Domenico [Firenze] : European University Institute, 1995, disponibil online pe <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/95/9506ind.html#VI>.

VERANTWORTUNGSVOLLES FUNKTIONIEREN VON UNTERNEHMEN NACH INNEN UND AUßEN, STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT VON UNTERNEHMEN MIT RECHTSPERSÖNLICHKEIT, STRAFRECHTLICHE SANKTIONEN GEGEN SOLCHE ENTERPRISE

RESPONSIBLE FUNCTIONING OF COMPANIES INTERNALLY AND
EXTERNALLY, CRIMINAL LIABILITY OF COMPANIES WITH LEGAL
PERSONALITY, CRIMINAL SANCTIONS AGAINST SUCH ENTERPRISE

Répássy ÁRPÁDNÉ, NÉMET Laura¹

Abstrakt

Zum Ausgangspunkt meines Schreibens: die gesetzeskonforme Führung von Unternehmen kann als soziales, wirtschaftliches und öffentliches Interesse angesehen werden. Um dieses Ziel zu erreichen, wird gleichzeitig ein äußerst komplexer Ansatz erfordert, da es versucht werden muss, das Unternehmen nachhaltig und profitabel zu machen, aber es ist auch sehr wichtig, dass es die hier oft vorkommenden Missbräuche erkannt und sogar verhindert werden können. Die Interessen von Unternehmen können jedoch nicht nur durch gesetzlich verbotene Handlungen, sondern auch durch moralisch verwerfliches Verhalten gefährdet werden. In den letzten Jahren hat sich der rechtliche Rahmen für wirtschaftliche Tätigkeiten in seinem Geltungsbereich stark verändert, wurde sowohl national als auch international mehr ausgebaut. Neben der Ausweitung des regulatorischen Umfelds verändert sich auch das wirtschaftliche und gesellschaftliche Umfeld rasant, für das sich ein Geschäft anzupassen braucht. Dieser Prozess birgt jedoch auch eine Reihe von Risiken, denn die Regelverstöße können schwerwiegende Folgen für die Wirtschaftsbeteiligten haben, es kann sogar die Auflösung des Unternehmens bedeuten.

Stichwort: Strafverfahren, Rechtspersönlichkeit, strafrechtliche Sanktionen

Abstract

The starting point of my letter: the lawful management of companies can be seen as a social, economic and public interest. At the same time, achieving this goal requires an extremely complex approach, since it must try to make the company sustainable and profitable, but it is also very important that it can detect and even prevent the abuses that often occur here. However, the interests of companies can be endangered not only by illegal actions, but also by morally reprehensible behavior. In recent years, the legal framework for economic activities has changed significantly in its scope and has been expanded both nationally and internationally. In addition to the expansion of the regulatory environment, the economic and social environment is also changing rapidly, for which a business must adapt. However, this process also harbors a number of risks, because breaches of the rules can have serious consequences for economic operators, it can even mean the company's dissolution.

Keywords: criminal proceedings, legal personality, criminal sanctions

¹ Miskolc Gericht, Richter (Miskolc Regional Court, judge)

Zum Ausgangspunkt meines Schreibens: die gesetzeskonforme Führung von Unternehmen kann als soziales, wirtschaftliches und öffentliches Interesse angesehen werden. Um dieses Ziel zu erreichen, wird gleichzeitig ein äußerst komplexer Ansatz erfordert, da es versucht werden muss, das Unternehmen nachhaltig und profitabel zu machen, aber es ist auch sehr wichtig, dass es die hier oft vorkommenden Missbräuche erkannt und sogar verhindert werden können. Die Interessen von Unternehmen können jedoch nicht nur durch gesetzlich verbotene Handlungen, sondern auch durch moralisch verwerfliches Verhalten gefährdet werden. In den letzten Jahren hat sich der rechtliche Rahmen für wirtschaftliche Tätigkeiten in seinem Geltungsbereich stark verändert, wurde sowohl national als auch international mehr ausgebaut. Neben der Ausweitung des regulatorischen Umfelds verändert sich auch das wirtschaftliche und gesellschaftliche Umfeld rasant, für das sich ein Geschäft anzupassen braucht. Dieser Prozess birgt jedoch auch eine Reihe von Risiken, denn die Regelverstöße können schwerwiegende Folgen für die Wirtschaftsbeteiligten haben, es kann sogar die Auflösung des Unternehmens bedeuten.

Im 21. Jahrhundert ist es zu beobachten, dass - neben der Reaktion des Staates auf rechtsverletzendes Verhalten (Anwendung von Sanktionen, Entschädigung) - das Recht immer proaktiver geworden ist: Immer mehr Gesetzgebung zielt weniger darauf ab, auf Verstöße zu reagieren, sondern lieber mögliche zukünftige Ereignisse zu vermeiden.

Die Unternehmen befinden sich in der Regel zwischen beiden Endpunkten der Skala: Einer der Endpunkte ist die vollständige Einhaltung der Regeln, die aufgrund von Gewinnorientierung und Ressourcenknappheit nur relativ wenige Unternehmen erreichen können und wollen, und der andere Endpunkt ist die vollständige Nichteinhaltung, was sehr riskant für das Unternehmen ist.

Aufgrund der Besonderheiten des Marktumfelds ist das Risiko vom Unternehmensmissbrauch im osteuropäischen Raum, einschließlich in Ungarn als höher einzustufen als in der westlichen Welt.

Die beim Betrieb des Unternehmens einzuhaltenden Regeln und Normen lassen sich in zwei große Gruppen einteilen: Die erste Gruppe umfasst die rechtsverbindlichen Regeln, also die Normen, die einerseits Teil des internationalen Rechts, andererseits Teil des nationalen Rechts bilden, und zur anderen großen Gruppe gehören die unverbindlichen Regeln, das heisst: interne Regelungen, Richtlinien, Verhaltensregeln, Ethikkodizes.

Grundsätzlich sind branchenspezifisch die Bereiche, die für ein verantwortungsvolles Handeln relevant sind, aber allgemein kann gesagt werden, dass alle Wirtschaftsorganisationen die Regeln des Zivilrechts, des Gesellschaftsrechts, des Wettbewerbsrechts, des Arbeitsrechts, des Datenschutzrechts, des Steuerrechts, des Umweltschutzrechts, sowie des Strafrechts und nicht zuletzt die des Kapitalmarktrechts einhalten müssen.

Der Bedeutung nach sind 3 große Bereiche betroffen:

1. (erstens) das Gesellschaftsrecht,
2. (zweitens) das Finanz- und Steuerrecht und
3. (drittens) die strafrechtlichen Vorschriften.

1. Das Gesellschaftsrecht bedeutet "interne" Maßnahmen für das ordnungsgemäße Funktionieren von Unternehmensorganisationen, es umfasst jedoch alle internen Maßnahmen zur Erleichterung der ordnungsgemäßen Durchführung von Aktivitäten. Wir halten die Einhaltung der Regeln des Arbeitsrechts und des Arbeitsschutzes sowie der Verbraucherschutzvorschriften für dazugehörig,

Für ein verantwortungsvolles Handeln einer Wirtschaftsorganisation sowohl nach innen (mit ihren Mitgliedern, Mitarbeitern) als auch nach außen (mit Partnern, Behörden, Marktteilnehmern) kann es erforderlich sein, eine Organisationseinheit oder Abteilung einzurichten (bei kleineren Unternehmen ist ausreichend ein bestimmter Mitarbeiter), deren Aufgabe es ist, ein verantwortungsvolles Programm im Einklang mit den Gesetzen und internen Standards zu entwickeln und dieses Programm durch regelmäßige Kontrollen und Feedback sicherzustellen. Dieses Programm kann in der Organisations- und Betriebsordnung des Unternehmens erscheinen, kann aber auch ein Verhaltenskodex / Ethikkodex sein. Es sollte eine Organisationskultur geschaffen werden, die ethisches Verhalten betont, das Engagement des Unternehmens für ein normenkonformes Handeln fördert und bestimmte Risikobereiche anspricht. Ziel sind klare Regeln, die den Mitarbeitern helfen, die gesetzlichen Anforderungen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben einzuhalten und den Zweck und die Mission des Unternehmens zu fördern. Die erforderlichen Verhaltensstandards beschreiben die Regeln, Verantwortlichkeiten der Organisation, bewährten Verfahren und sogar die Erwartungen der Mitarbeiter.

Diese Richtlinien und Verfahren sollen die Mitarbeiter bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ermutigen und unterstützen, um die Tätigkeit des Unternehmens gemäß den Standards zu gewährleisten, sie müssen daher klar formuliert und leicht zugänglich gemacht werden, zudem kann auf eine Überwachung ihrer Umsetzung nicht verzichtet werden. Offene Kommunikation muss Teil der Organisationskultur sein, das heißt, wenn Missbrauch festgestellt wird, kann nicht nur der Vorgesetzte des Mitarbeiters, sondern auch jeder andere Mitarbeiter die Anomalie der Organisationseinheit / verantwortlichen Person melden. Auch der Bedarf an allgemeiner und spezieller Aus- und Weiterbildung im Zusammenhang mit der Verantwortung der Mitarbeiter darf nicht außer Acht gelassen werden, da die Mitarbeiter über Änderungen der Regelungen aktuell informiert sein müssen und dies durch ein entsprechendes Bildungsprogramm angepasst werden muss. Um Missbrauch zu verhindern und die Wirksamkeit von Aufklärungs- und Korrekturmaßnahmen sicherzustellen, ist es erforderlich, die Bestimmungen der entwickelten Vorschriften und Kodizes regelmäßig und regelmäßig zu evaluieren; die kommunizierten Disziplinarrichtlinien sollen einerseits die festgestellten Mängel ansprechen und andererseits eine Lösung bieten, um wiederkehrende Probleme zu vermeiden. Es muss daher sichergestellt werden, dass auf erkannte Unregelmäßigkeiten schnell reagiert wird und Korrekturmaßnahmen ergriffen werden können, da das Versäumnis, rechtzeitig wirksame Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, ein zusätzliches Risiko für die Organisation darstellen kann.²

2. Die Einhaltung steuer- und finanzrechtlicher Standards bedeutet, dass sich das Unternehmen als Steuerpflichtiges steuerrechtlich verhält. Aber das sind nicht nur externe Gesetze (nationale materielle und verfahrensrechtliche, internationale Regeln), sondern auch die Einhaltung interner Regeln, d.h. die Regeln des internen Protokolls des Unternehmens.

Aufgrund des sich ständig ändernden steuerlichen, sonstigen Rechts-, Markt- und Geschäftsumfelds wird diese Compliance immer wichtiger, mit der finanzielle und

² 6/2013 (11.03.) des Vorsitzenden der staatlichen Aufsicht über die Finanzinstitute, Richtlinie 3/2008 (20.11.) des Aufsichtsrats der ungarischen Finanzaufsichtsbehörde, Empfehlung 6/2014 (17. 12.) der Ungarischen Nationalbank

steuerliche Risiken gemanagt und reduziert werden können und andererseits berechenbar werden, daher ist es notwendig, in diesem Bereich interne Verfahren zu entwickeln und einzuhalten, die es ermöglichen, das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens zu kontrollieren und zu regulieren. Die Ermutigung von Unternehmen zur freiwilligen Einhaltung der Vorschriften, um das allgemeine Vertrauen und die Glaubwürdigkeit des Marktes aufzubauen, zu erhalten und gegebenenfalls wiederherzustellen, stärkt das Bewusstsein. Die abschreckende Wirkung gegen Missbrauch und Betrug - Annahme von Scheinkonten, Verschweigen von Einnahmen, Abschluss von Scheinverträgen - trägt dazu bei, das Niveau der Besteuerung, Buchführung und Vermögensverwaltung des Unternehmens zu heben, rechtzeitig Haushaltseinnahmen zu erzielen sowie Gläubiger und Investoren zu schützen. Das normale Funktionieren des Unternehmens ist ein wesentlicher Bestandteil der Finanzstabilität und bietet Gewissheit über die tatsächliche Finanz-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens.³

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das Rechnungslegungsgesetz, die gesetzlichen Bestimmungen über Wirtschaftsprüfer, die Richtlinien der Steuerbehörde, die Prüfungsstandards, die Verpflichtung zur Ausbildung von Fachleuten und die ethischen Regeln sind in Ungarn die Normen, deren Einhaltung für alle Mitarbeiter, Mitglieder und Erfüllungsgehilfen des Unternehmens von grundlegender Bedeutung ist.

Die Steuer- und Regulierungsvorschriften sowohl nationaler als auch internationaler Rechtsrahmen entwickeln und ändern sich ständig. Die Rolle externer Fachleute (Berater, Wirtschaftsprüfer) bei der Überwachung von Veränderungen und Unterstützung bei deren Einhaltung ist herausragend, da es sehr wichtig ist, das Unternehmen regelmäßig und klar über Veränderungen im rechtlichen Umfeld zu informieren und so die Kontinuität gesetzeskonformen Verhaltens zu gewährleisten. Die Berater sind auch zuständig für Zustandsüberprüfungen, also Betriebsbesichtigungen, mit denen die Einhaltung der Normen durch den Steuerzahler eindeutig unterstützt wird. Die Untersuchung der steuerrisikobehafteten Transaktionen und des Steuerzahlerverhaltens und deren komplexe Untersuchung hilft langfristig eindeutig dabei, die richtige Steuerkultur und den richtigen unternehmerischen Ansatz zu entwickeln.

Es ist aber notwendig, nicht nur das Geschäft einer bestimmten Organisation von Zeit zu Zeit zu überprüfen, sondern auch Berater spielen eine wichtige Rolle bei der Überwachung von Partnerunternehmen, indem sie Hinweise geben, nach welchen Anzeichen zu suchen, zu erkennen oder sogar zu vermuten sind, dass ein Geschäftspartner eventuell in Steuerhinterziehung verwickelt sein kann.

Darüber hinaus unterstützt die ungarische Steuerbehörde die Steuerzahler auch mit einer Reihe von Instrumenten, wie z. B. sie versendet Informationsschreiben über Partner mit steuerlichen Problemen und veröffentlicht auf ihrer Website regelmäßig eine Liste der Steuerpflichtigen mit einem Steuerdefizit. Als Ergebnis des regulären Ratingverfahrens ordnet sie Steuerpflichtige anhand der Unterscheidung zwischen zuverlässigen und risikobehafteten Steuerpflichtigen in eine Kategorie ein, die auch ein gesetzeskonformes Verhalten fördern soll.⁴

² https://www.bankszovetseg.hu/Content/alapdokumentumok/6_Beilage_Compliance_Best_PracticeKodex_ENG.pdf (15.11.2021)

⁴ file:///C:/Users/nemetl/AppData/Local/Temp/71_Tudnivalok_az_adozoi_min_sitesr_l_20210119.pdf

Auch die Rolle professioneller Roundtables und Beratungen unter Einbindung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern darf nicht vernachlässigt werden, da durch den Input von Fachleuten, die die praktische Umsetzung der Rechtsordnung in der Praxis sehen, effektivere Lösungen während der Gesetzgebung gefunden werden können.

3. Im Bereich des Strafrechts geht es für Unternehmen grundsätzlich darum, „Risiken“ im Strafrecht zu vermeiden, also strafrechtliche Verantwortlichkeiten mit unternehmerischen Mitteln zu verhindern oder zu minimalisieren. Beim Funktionieren von Wirtschaftseinheiten ist der Befehl klar zu dem Geschäftsführer oder Eigentümer, wonach die strafrechtlich relevanten Rechtsvorschriften zu beachten sind, aber sie sind auch von den Mitarbeitern einzuhalten. Verstöße gegen das Strafrecht können einerseits innerhalb der Wirtschaftsorganisation vorkommen, andererseits aber auch nach außen im Namen des Unternehmens. In der Praxis sind die vor allem Korruptions-, und Wirtschaftsstraftaten, sowie Straftaten gegen Eigentum (zum Beispiel Betrug, Budgetbetrug, Geldwäsche, Unterschlagung, Konkursstraftat).

Es gibt auch einen Standpunkt in der ausländischen (deutschen) Literatur⁵, der die Kriminalität innerhalb einer Organisation in zwei Gruppen einteilt: Es gibt Akte der „Freistellung“ der Organisation, die von einem Mitglied der Organisation, einem Mitarbeiter durchgeführt werden und sich damit einen Vorteil für die Organisation verschaffen, während sie einen Dritten benachteiligen. Es gibt strafbare Verhaltensweisen, die eine Organisation „belasten“, die auch von einem Mitglied oder Mitarbeiter der Organisation begangen werden, jedoch zu Lasten des eigenen Geschäfts.

Hinsichtlich der strafrechtlichen Gestaltung des Wirtschaftslebens rücken heute in den Vordergrund die Liberalisierung der Wirtschaft und die strafrechtlichen Beschränkungen, die die Schranke der Marktwirtschaft bilden. Nach heutiger allgemein anerkannter Auffassung ist die Rolle der Ultima Ratio des Strafrechts bei der Regulierung des Wirtschaftsstrafrechts besonders hervorzuheben.

Es ist wünschenswert, den Einfluss der Wirtschaft durch das Strafrecht auf einen möglichst engen Kreis zu beschränken, da ein übermäßiger strafrechtlicher Schutz der wirtschaftlichen Sphäre den geschützten Rechtsgegenstand selbst gefährden und die Initiative und Freiheit der Wirtschaftsunternehmen einschränken würden.

Die strafrechtliche Stellung der Europäischen Gemeinschaft war für die EU-Mitgliedstaaten, darunter auch für Ungarn, von entscheidender Bedeutung für die Art und Weise, wie Wirtschaftsorganisationen nach strafrechtlichen Standards vorgehen. Um den Schutz auf Gemeinschaftsebene zu gewährleisten, hat die Europäische Union 1995 zwei Rechtsakte erlassen: eine Verordnung und ein Übereinkommen: Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch Festlegung und Vorsehen von Verwaltungsmaßnahmen gegen Verhaltensweisen, die den finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften zuwiderlaufen⁶, und das am 26. Juni 1995 angenommene Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (PIF-Konvention)

⁵ BOCK, Dennis: Criminal Compliance. 2. kiadás, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013. 23

⁶ Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 312 vom 23.12.1995, S. 1–4)

ermöglichte strafrechtliche Schritte gegen Betrug⁷. Das letztgenannte Übereinkommen diene in erster Linie dem einheitlichen Strafrecht, zu dem es den Begriff des Betrugs zum Nachteil der finanziellen Interessen der Gemeinschaft definierte, und in den drei dem Übereinkommen später beigefügten Zusatzprotokollen wurden weitere Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft definiert (aktive und passive Bestechung, Geldwäsche).

Obwohl Ungarn die PIF-Konvention erst 2009 formell ratifiziert hat, um dem Übereinkommen zu entsprechen, trat das Gesetz CXXI von 2001 vom 1. April 2002 in Kraft, das den Artikel XVII. des Strafgesetzbuches von 1978, der Wirtschaftskriminalität regelt, die Verletzung der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften enthält.

Parallel zur Etablierung der PIF-Konvention wurde Mitte der 1990er Jahre mit Unterstützung der EU-Kommission eine Studie namens Corpus Juris-Projekt gestartet, um die Möglichkeit zu prüfen, einen für alle Mitgliedstaaten akzeptablen Kriminalitätskatalog zum Schutz ihrer finanziellen Interessen zu erstellen, und eine auf EU-Ebene einzurichtende Organisation, die Europäische Staatsanwaltschaft zu etablieren, um diese Verbrechen zu verfolgen und vor nationalen Gerichten zu verfolgen. Im Juni 2013 wurde ein Verordnungsentwurf zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EPPO) verabschiedet, der zwischenzeitlich mehrfach geändert wurde und im Februar 2017 wurde die Europäische Staatsanwaltschaft zuerst in 11 später in 22 von den 28 Mitgliedstaaten im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit (enhanced cooperation) eingerichtet, der Ungarn zum Zeitpunkt dieses Schreibens noch nicht beigetreten war.

Die Europäische Staatsanwaltschaft hat am 1. Juni 2021 ihre Tätigkeit aufgenommen⁸. Sie ist für die Ermittlung und Verfolgung von Betrug, Korruption, Geldwäsche und grenzüberschreitenden Mehrwertsteuerbetrug zu Lasten des EU-Haushalts zuständig.

II. Das normenkonforme Handeln steht in engem Zusammenhang mit den klassischen dogmatischen Fragen des Strafrechts, zu denen die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen zählt. Insbesondere bei der Integration in das klassische Strafrecht stellt sich die Frage, ob die schuldhafte Absicht der die juristische Person beherrschenden natürlichen Person vom Willen der juristischen Person trennbar ist. Die ungarische Rechtstradition erkennt die Schuld und die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer juristischen Person nicht an, aber die Aussage, dass eine Organisation nicht Täter einer Straftat sein kann, bedeutet nicht, dass sie nicht strafrechtlich sanktioniert werden kann, d.h. dass die Maßnahmen gegen eine juristische Person in einem vom Strafgesetzbuch getrennten Gesetz geregelt sind.

In der Justiz ist die gravierendste Rechtsfolge eines Verstoßes eine strafrechtliche Bestrafung, die als faire Gegenseitigkeit des begangenen rechtswidrigen und sündigen Verhaltens dem Täter einen gewissen Schaden zufügt, der Bestrafung aber auch ein negativer gesellschaftlicher Wert zukommt Urteil für ein bestimmtes Verhalten. Eines der wichtigsten Merkmale des Strafrechts besteht darin, dass die Höhe und das Ausmaß der Strafe hauptsächlich durch das materielle Gewicht des begangenen rechtsverletzenden Verhaltens bestimmt wird. Die Bestrafung weist auch darauf hin, dass ein bestimmtes Verhalten eine rechtswidrige Handlung darstellt, und die Bestrafung drückt diese Einstufung

⁷ Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union Übereinkommen vom 26. Juni 1995 zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. C 316 vom 27.11.1995, S. 49–57). Das Übereinkommen wird allgemein als PIF-Übereinkommen bezeichnet, das auf Französisch abgekürzt wird.

⁸ [https://www.consilium.europa.eu/hu/policies/eppo/](https://www.consilium.europa.eu/hu/policies/epppo/) 10.11.2021

sowohl für den Täter als auch für die Gesellschaft aus. Das moderne Strafrecht verwendet Strafe nicht als Wiedergutmachung, sondern stuft bestimmte Verhaltensweisen sowohl zu individuellen als auch zu allgemeinen Präventionszwecken als rechtswidrig ein. Im Bereich der Sanktionierung von Wirtschaftsorganisationen dominiert jedoch die weiter gefasste Definition von strafrechtlichen Sanktionen, d.h. der Vergeltungscharakter strafrechtlicher Sanktionen wird ausgeprägter.

Ausgangspunkt der rechtspolitischen Argumentation zum Sanktionssystem juristischer Personen ist, dass Unternehmen als Schlüsselfiguren in unserer modernen Welt Verstöße nicht scheuen, die die materielle Schwere von Verstößen natürlicher Personen weit übersteigen, um um ihre Ziele zu erreichen. Auch Unternehmen müssen in den Prozess der gesellschaftlichen Verantwortung eingebunden werden, daher kann es erforderlich sein, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Organisationen zu kodifizieren und Sanktionen für juristische Personen einzuführen, die in der Vergangenheit im Zivil-, Verwaltungs- und Verwaltungsrecht stattgefunden haben können. Eine wichtige Frage bei der Entwicklung der Rechtsordnung ist, wie die Erwartungen von juristischen Personen an den allgemeinen Erwartungshorizont überhaupt definiert und gemessen werden können.

Ungarn hat das am ersten Mai 2004 in Kraft getretene CIV. Gesetz von 2001 über strafrechtliche Maßnahmen für juristische Personen angenommen, um die Verpflichtungen zur Rechtsharmonisierung im Zusammenhang mit dem Beitritt zur Europäischen Union umzusetzen.

Das Gesetz definiert eine juristische Person als Haftungssubjekt, ein Begriff, der Organisationen umfasst, die nach dem Zivilrecht als juristische Personen anerkannt sind⁹. Dies können einerseits juristische Personen des Privatrechts und andererseits juristische Personen des öffentlichen Rechts sein. Das Gesetz schließt jedoch den ungarischen Staat, ausländische Staaten und im Grundgesetz aufgeführte Institutionen aus (z. B. Parlament, Verfassungsgericht, Kommunalverwaltungen, Bundeswehr, Polizei usw.) und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts oder Körperschaften, die nach dem Gesetz hoheitliche oder Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, und schließlich internationale Organisationen, die durch einen völkerrechtlichen Vertrag gegründet wurden, dh. weder der Staat noch die Gemeinde- oder Kommunalverwaltungen unterliegen der Haftung.

Gehaftet werden kann auch eine Organisationseinheit der vorgenannten juristischen Personen mit Vertretungsrecht, die ihrerseits per Gesetz Rechtspersönlichkeit besitzt, oder eine Organisation, die ein selbständiger Rechtsträger des Zivilrechts sein kann, und über separate Vermögenswerte von Mitgliedern verfügt.

¹⁰Da eine juristische Person allein keine Straftat begehen kann, also kein Täter sein kann, ist eine vorsätzliche Straftat einer natürlichen Person erforderlich. Die ungarische Lösung definiert nicht erschöpfend die Straftaten, für die juristische Personen haftbar gemacht werden können, sondern umfasst im Allgemeinen vorsätzliche Straftaten.

Eine weitere Grundvoraussetzung für die Haftung einer juristischen Person ist, dass die Straftat beabsichtigt war oder zur Erlangung eines Vorteils zugunsten der juristischen Person geführt hat, oder dass die Straftat unter Verwendung der juristischen Person begangen wurde. Es reicht also aus, dass der Täter die Straftat begeht, um die juristische Person zu bereichern, aber wenn der Vorteil nachträglich nicht eintritt, hindert dies die Organisation nicht daran, gegen die Organisation vorzugehen.

⁹ CIV. § 1 des Gesetzes 2001

¹⁰ CIV. § 2 des Gesetzes 2001

Eine weitere Bedingung ist, dass die Straftat von einem leitenden Beamten der juristischen Person im Rahmen seiner Rechtspersönlichkeit begangen werden muss. Es ist auch möglich, dass nur ein „einfacher“ Mitarbeiter oder ein Mitglied die Straftat begeht, dann aber auch das damit verbundene Verhalten der Führungskraft erforderlich ist: Unterlassung von Führungs- oder Kontrollaufgaben. Darüber hinaus kann es vorkommen, dass der Täter ein Außenstehender ist, in diesem Fall muss einerseits einer der Anführer von der Straftat Kenntnis haben und andererseits die juristische Person den Vorteil tatsächlich erlangen müssen oder die Straftat muss unter Verwendung der juristischen Person begangen werden.

Im Rahmen der von juristischer Person begangenen Straftaten sind in der Regel Straftaten, die typischerweise von der Geschäftsleitung oder Mitarbeitern (Mitgliedern) der juristischen Person im Rahmen der Organisation begangen werden und von denen die Organisation im Allgemeinen profitiert hat. Die Kriminalisierung juristischer Personen erfolgt nach in- und ausländischen Erfahrungen vor allem im Bereich Umweltkriminalität, Katastrophen bei der Tätigkeit von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmen, Wirtschaftskriminalität, sowie Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht und Verbraucherdelikte.

Die vierte Grundvoraussetzung für die Anwendung der Maßnahmen ist, dass gegen die natürliche Person als den Täter gerichtlich bestraft wird, oder einer Rüge, Bewährung, Beschlagnahme oder Beschlagnahme von Eigentum unterliegen. Im Gegensatz zu vielen ausländischen Lösungen verlangt das ungarische Recht daher grundsätzlich nicht nur die Identifizierung des Täters, sondern auch die Verfolgung des Täters sowie die Verhängung dieser Sanktionen gegen ihn. Es gibt jedoch eine Ausnahme: Die Sanktion kann auch gegen eine juristische Person verhängt werden, wenn der Täter der Straftat nicht bestraft werden kann oder seine Identität nicht festgestellt wurde oder wenn die Begehung der Straftat nicht nachgewiesen werden konnte. In letzteren Fällen wird das Strafverfahren nur gegen die juristische Person geführt und es wird keine natürliche Person als Beschuldigter erfasst.

Maßnahmen¹¹, die gegen eine juristische Person ergriffen werden können:

1. (erstens) Liquidation der juristischen Person,
2. (zweitens) Einschränkung der Tätigkeit der juristischen Person (z. B. darf aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung keine Einlage einziehen, darf an keinem öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen, darf nicht der Gegenstand eines Konzessionsvertrags sein, darf nicht als gemeinnützige Organisation eingestuft werden, darf keine staatliche oder EU-Förderung erhalten) und
3. (drittens) ist eine Geldstrafe. Wichtig ist, dass unter den im Strafgesetzbuch geregelten „traditionellen“ Maßnahmen auch eine Vermögenseinziehung gegen eine juristische Person verhängt werden kann. Davon kann die Auflösung einer juristischen Person nur unabhängig angewandt werden, während die Einschränkung der Tätigkeit und die Geldbuße unabhängig und nebeneinander angewendet werden können, aber auch die Vermögenseinziehung kann zusätzlich zu allen drei Sanktionen verhängt werden.

Eine der Todesstrafe einer juristischen Person gleichwertige Sanktion sollte in den gefährlichsten Fällen verwendet werden¹². Wir unterscheiden zwei Situationen: Es ist

¹¹ CIV. § 3 des Gesetzes 2001

¹² CIV. § 4 des Gesetzes 2001

zwingend erforderlich, wenn die juristische Person keine legitime wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und die Organisation speziell zur Verschleierung einer Straftat gegründet wurde, oder ihre tatsächliche Tätigkeit der Verschleierung der Begehung einer Straftat dient, so handelt es sich in diesen Fällen um eine Organisation zur Begehung oder Verschleierung von Straftaten. Ein weiterer Kündigungsfall liegt im Ermessen des Gerichts, wenn eine der beiden letztgenannten Voraussetzungen erfüllt ist, obwohl die juristische Person (auch) eine rechtmäßige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Zugleich sieht das Gesetz eine Ausnahme vor, wenn die Anwendung einer Sanktion gesetzlich ausgeschlossen ist: wenn durch die Kündigung die Erfüllung einer staatlichen oder kommunalen Aufgabe gefährdet würde, oder die juristische Person ein staatliches Versorgungsunternehmen ist, ihr volkswirtschaftlich von strategischer Bedeutung ist, eine Landesverteidigung oder eine andere besondere Aufgabe wahrnimmt oder einem Zweck dient. Der Grund für diese Ausnahme liegt offensichtlich darin, dass ein größeres Interesse an der Weiterführung dieser Organisationen, das offensichtlich nur schon legitim ist, als an der Auflösung der Organisationen besteht¹³.

¹⁴Die Dauer der Einschränkung der Tätigkeit einer juristischen Person kann ein bis drei Jahre betragen, die Dauer wird in Jahren festgelegt. Interessanterweise finden sich einige der im Gesetz aufgeführten Beschränkungen auch in anderen Rechtsgebieten (z.B. Verbot der Teilnahme an einem Vergabeverfahren nach dem Vergabegesetz). Das Verbot kann auch für andere Aktivitäten gelten, die nicht im Gesetz aufgeführt sind, da das Gesetz dem Strafgericht erlaubt, jede Aktivität einer juristischen Person zu verbieten. Gleichzeitig ist hervorzuheben, dass die Tätigkeit einer juristischen Person nur eingeschränkt werden kann, dh. der Gesamtumfang der von der Organisation ausübenden Tätigkeiten soll durch das Verbot nicht berührt werden, da dies einer Zwangskündigung gleichkäme. Andererseits kann dieses Verbot sonstiger Tätigkeiten nur für die Tätigkeit gelten, in deren Rahmen oder im Zusammenhang mit der Straftat begangen wurde.

¹⁵Wenn eine Geldstrafe verhängt wird, muss diese in einer Höhe verhängt werden, die Untergrenze beträgt fünfhunderttausend Forint, die Obergrenze steht jedoch relativ fest: Sie kann das Dreifache des erreichten oder zu erreichenden Eigentumsvorteils betragen. Diese dreifache Rate weist darauf hin, dass die Geldbuße bezweckt nicht nur, einer juristischen Person durch eine Straftat einen Vermögensvorteil zu entziehen, sondern durch ihre abschreckende Wirkung auch weitere Straftaten zu verhindern, weil ihre Höhe den Wert des Vorteils übersteigt.¹⁶ Der Wert eines Vermögensvorteils ist zu schätzen, wenn sein Wert nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermittelt werden kann, dh, wenn der Vorteil für die juristische Person nicht physisch greifbar war.

In Ungarn verhängen Strafgerichte in der Regel Geldbußen unter den anwendbaren Sanktionen.

Abschließende Gedanken

In den letzten Jahren und Jahrzehnten ist es nicht nur in Ungarn, sondern in allen EU-Mitgliedstaaten wichtig geworden, sich auf die Einhaltung der Regeln zu konzentrieren,

¹³ Ministerielle Begründung zu § 4 des Gesetzes 2001

¹⁴ CIV. § 5 des Gesetzes 2001

¹⁵ CIV. § 6 des Gesetzes 2001

¹⁶ Ministerielle Begründung zu § 6 des Gesetzes CIV. § 6 des Gesetzes 2001

deren Verletzung erhebliche Risiken für das Wirtschaftsleben birgt. Unternehmen haben ihre Bemühungen verstärkt, sich gegen bestimmte Fälle von Betrug, Korruption, Missbrauch oder Geldwäsche zu schützen. Es wurde das Konzept der „Compliance“-Aktivität eingeführt, das die Einrichtung mehrerer interner Verfahren erfordert, die darauf abzielen, rechtswidriges Verhalten von leitenden Angestellten und Mitarbeitern des Unternehmens zu verhindern, das zur gesetzlichen Haftung des jeweiligen Unternehmens führen könne.

Compliance ist in den letzten Jahren für die meisten Unternehmen zu einer Pflichtaufgabe geworden, die neben der Einhaltung von Standards auch die Festigung eines fairen und integrierten Geschäftsumfelds und die Einhaltung der Geschäftsethik erfordert.

Die Bedeutung des gesetzestreuen Handelns von Wirtschaftsakteuren, dh. in Übereinstimmung mit Gesetzen, internen Regelungen, ethischen Anforderungen und Berufsstandards, und deren Funktionsfähigkeit im Unternehmen, wird daher immer wichtiger, es besteht auch ein wachsender Bedarf, sich solches Wissen anzueignen. Als Ergebnis wurde 2017 in Ungarn die Ungarische Compliance Gesellschaft¹⁷ gegründet, deren Ziel es ist, die ungarische Compliancekultur der ethischen Unternehmensführung zu entwickeln, die Förderung und Steigerung des Compliance-Bewusstseins und die Förderung des damit verbundenen Wissens im Unternehmensumfeld sowie in den Gemeinschaften von Fachleuten. Ein weiteres wichtiges Ziel ist es, Unternehmensmissbräuche aus wissenschaftlicher und praktischer Sicht zu untersuchen, die Probleme, die während des Betriebs des Unternehmens auftreten, zu analysieren und effektivere und transparentere Unternehmensentscheidungen und -maßnahmen zu treffen, sowie die damit verbundenen Risiken mit professionellen Mitteln zu reduzieren.

Verwendete Literatur

- Dr. Judit Jacsó: Über das Konzept und die Rolle von Compliance im Wirtschaftsleben (Miskolc Legal Review 14. Jahr 2019 Sonderausgabe)
- Dr. Judit Jacsó: Geldwäsche-Compliance in der nationalen und europäischen Dimension im Lichte sozialer Innovation (Miskolc Legal Review 2019/2 Sonderausgabe)
- Dr. Judit Jacsó: Die Dimensionen der Geldwäschebekämpfung in Europa: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. In kriminologischen Mitteilungen 72.
- Diana Cirmaciu: Gedanken zur aktuellen Situation der Compliance-Aktivitäten in Rumänien ((Miskolc Legal Review 14. Jahr 2019/1 Sonderausgabe)
- Dr. Ferenc Sántha: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit einer juristischen Person. KJK-KERSZÖV GmbH. Budapest, 2002
- Dr. Ferenc Sántha: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen. In: Miklós Lévy (Hrsg.): Ungarischer Strafrecht Allgemeiner Teil. Budapest, Wolters-Kluwer, 2019
- Dr. Bence Udvarhelyi: Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union im ungarischen Strafrecht ((Miskolc Legal Review 9. Jahr 2014/1 Sonderausgabe)

¹⁷ <https://www.compliancetasasag.hu/> (10. 11. 2021)

- Farkas-Dannecker-Jacsó: Criminal Aspects of the Protection of the Financial Interests of the European Union (Wolters Kluwer Hungary Kft. Budapest, 2019, S. 136-175, S. 295-309)
- Dr. Barna Miskolczi: Eine alternative Auslegung des europäischen Strafrechts (<https://ajk.pte.hu/files/file/doktori-iskola/miskolczi-barna/miskolczi-barna-muhelyvita-ertekezes.pdf> - 09.11.2021)

DREPTUL LA VIAȚĂ VIRTUALĂ

THE RIGHT TO VIRTUAL LIFE

Laura Maria STĂNILĂ¹

Rezumat

În contextul digitalizării accelerate și a unei utilizări sporite a Internetului, problema drepturilor omului rămâne mai actuală ca niciodată. De fapt, spațiul virtual este un mediu paralel, care a determinat o migrare a activităților umane, precum și a drepturilor omului și a libertăților fundamentale cu consecința unei noi provocări în interpretarea și aplicarea acestora. În acest context trebuie să ne întrebăm: există o identitate între drepturile omului pe care le exercităm în realitatea fizică și drepturile de care ne bucurăm în spațiul virtual? Iar în lumina acestei dileme, am putea admite existența unui drept la viață virtuală?

Cuvinte cheie: drepturile omului, dreptul la viață, dreptul la viață virtuală, Internet, spațiu virtual

Abstract

In the context of accelerated digitization and increased use of the Internet, the issue of human rights remains more relevant than ever. In fact, the virtual space is a parallel environment, which has led to a migration of human activities, as well as of human rights and fundamental freedoms with the consequence of a new challenge in their interpretation and application. In this context, we must ask ourselves: is there an identity between the human rights that we exercise in physical reality and the rights that we enjoy in the virtual space? And, in the light of this dilemma, could we admit the existence of a right to virtual life?

Key words: human rights, right to life, right to virtual life, Internet, virtual space

I. Conceptul de drepturi virtuale

Internetul, ca element important al vieții umane contemporane și al relațiilor sociale, evoluează continuu și ne oferă tuturor posibilități infinite de a accesa informații și servicii, de a ne conecta și de a comunica, precum și de a împărtăși idei și cunoștințe cu întregul Mapamond. În timp ce Internetul și digitalizarea sunt prezente în toate domeniile activităților sociale, urmărind să le îmbunătățească, să crească viteza de acțiune și de rezolvare a sarcinilor și să asigure obiectivitatea reacțiilor, este evident că drepturile și libertățile exercitate în procesul de socializare în mediul virtual sunt în dezbatere acerbă. De fapt, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CtEDO) se confruntă cu un număr tot mai mare de cauze care se referă la încălcarea prevederilor Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale (CEDO) în mediul online și în legătură cu Internetul.

De fapt, Curtea a afirmat în *Cauza Cengiz și alții împotriva Turciei*² că „Internetul a devenit acum unul dintre principalele mijloace prin care indivizii își exercită dreptul la libertatea de a primi și de a împărtăși informații și idei, oferind, în măsura în care este esențial, instrumente de participare la activități și discuții privind probleme politice și probleme de interes general. (...) Mai mult, în ceea ce privește importanța site-urilor de internet în exercitarea libertății de exprimare, în lumina accesibilității acestora și a capacității

¹ Conf.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, Centrul de Cercetări în Științe Penale

² Cengiz ș.a. c. Turcia, hotărârea din 1 Decembrie 2015, www.echr.coe.int.

lor de a stoca și comunica cantități mari de informații, Internetul joacă un rol important în îmbunătățirea accesului public la știri și în facilitarea difuzării informațiilor în general”³. În contextul modern al utilizării tehnologiei digitale, determinarea poziției juridice a persoanei fizice față de fiecare aspect al utilizării tehnologiei digitale este o necesitate⁴.

După cum se precizează în *Recomandarea CM/Rec(2014)6* și *Memorandumul explicativ al Comitetului de Miniștri către statele membre cu privire la un Ghid al drepturilor omului pentru utilizatorii de Internet*, „Internetul are o valoare de serviciu public. Oamenii, comunitățile, autoritățile publice și entitățile private se bazează pe Internet pentru desfășurarea activităților lor și au o așteptare legitimă că serviciile acestuia sunt accesibile, furnizate fără discriminare, sigure, de încredere și continue. În plus, nimeni nu ar trebui să fie supus unei interferențe ilegale, inutile sau disproporționate în exercitarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale atunci când folosește Internetul”⁵.

Conform paragrafului 14 din *Comentariile la Recomandarea CM/Rec(2014)6 a Comitetului de Miniștri către statele membre cu privire la un Ghid privind drepturile omului pentru utilizatorii de Internet*, accesul persoanelor și comunităților utilizatorilor la Internet și utilizarea optimă a acestuia necesită eforturi pentru a le informa și împuternici să își exercite drepturile și libertățile în mediile online. Această abordare a fost afirmată de Comitetul Miniștrilor în *Declarația privind principiile guvernării Internetului*, din 2011, în care s-a subliniat viziunea asupra unei abordări a Internetului centrată pe oameni și bazată pe drepturile omului, conform cu care puterea utilizatorilor să își exercite drepturile și libertățile pe Internet constituie un principiu al guvernării Internetului⁶.

Transformările sociale și juridice survenite datorită acestei noi „Ere a tehnologiei” sunt dramatice. *Strategia de guvernare a Internetului 2016-2019 a Consiliului Europei* oferă noi termeni și definiții precum⁷:

- *Cetățeni digitali* (engl. *Digital citizens*) - persoane capabile să-și exercite și să-și apere drepturile și responsabilitățile democratice on-line și să protejeze drepturile omului, democrația și statul de drept în spațiul cibernetic.
- *Cetățenia digitală* (engl. *Digital citizenship*) – exercitarea și protecția/apărarea drepturilor și responsabilităților democratice într-un mediu digital/spațiu cibernetic.
- *Magna Carta Digitală* (engl. *Digital Magna Carta*) - o declarație a drepturilor pentru Internet, al cărei scop este, printre altele, dezvoltarea unor legi pozitive care să protejeze și să extindă drepturile utilizatorilor la un web deschis, gratuit și universal;

³ Idem, par. 49 și 52.

⁴ J. Stojić Dabetić, Human Dignity in the Face of Usage of Digital Technology, în Z. Pavlović (ed.), Yearbook. Human Rights Protection. The Right to Dignity, Nr. 3, Novi Sad 2020, p. 159.

⁵ Consiliul Europei, Ghidul drepturilor omului pentru utilizatorii de internet, *Recomandarea CM/Rec(2014)6* și expunerea de motive a Comitetului de Miniștri către statele membre cu privire la un Ghid pentru drepturile omului pentru utilizatorii de internet, adoptat de Comitetul de Miniștri la 16 aprilie 2014 la cea de-a 1197-a reuniune a adjuncților miniștrilor, punctul 3.

⁶ Comentarii la *Recomandarea CM/Rec(2014)6 a Comitetului de Miniștri către statele membre privind un ghid privind drepturile omului pentru utilizatorii de internet*, <https://rm.coe.int/16804d5b31>, accesat la 1.09.2021.

⁷ Consiliul Europei, Guvernarea Internetului – *Strategia Consiliului Europei 2016-2019 - Democrație, drepturile omului și statul de drept în lumea digitală (Internet Governance – Council of Europe Strategy 2016-2019 - Democracy, human rights and the rule of law in the digital world)*, adoptată la cea de-a 1252-a reuniune a Comitetului Miniștrilor de la 30 martie 2016; *Strategia de guvernare a internetului 2016-2019/ Glosar de termeni (Internet Governance Strategy 2016-2019/ Glossary of Terms)*, p. 17, 21, <https://rm.coe.int/internet-governance-strategy-2016-2019-updated-version-06-mar-2018/1680790ebe>, accesat la 1.09.2021.

- Net-Cetățenia (engl. *Net-citizenship*) - Termenul „Netizen” este un *portmanteau* al cuvintelor „Internet” și „cetățean” (engl. *citizen*) desemnând „cetățeanul rețelei” sau ”cetățeanul Internetului”. Acest termen descrie o persoană implicată activ în comunitățile online sau activă pe Internet în general. Termenul implică, în mod obișnuit, un interes și un angajament activ în îmbunătățirea Internetului, făcându-l o resursă intelectuală și socială, sau în îmbunătățirea structurilor politice din jur, în special în ceea ce privește accesul deschis, neutralitatea rețelei și libertatea de exprimare. „Cetățenii Internetului” mai sunt, de asemenea, denumiți în mod obișnuit și ”cetățeni cibernetici”, expresia având conotații semantice similare.

Toate aceste referințe conturează cumva o identitate paralelă a actorilor sociali în spațiul virtual iar ființele umane devin, astfel, ființe virtuale (sau poate ar trebui să le numim ființe digitale)? Exercițarea drepturilor și libertăților în mediul virtual se realizează, oare, în același mod în care aceste drepturi și libertăți sunt exercitate în realitatea fizică? Iată câteva întrebări cu privire la care doctrina mai are mult de dezbătut.

Potrivit lui Lawrence Lessig, ar trebui să distingem între Internet și spațiul cibernetic, ambele elemente completând zona spațiului virtual. Internetul este un mijloc de comunicare, în timp ce spațiul cibernetic „nu reprezintă un singur loc. El este constituit din mai multe locuri. Iar caracterul acestor multe locuri diferă în moduri fundamentale. Aceste diferențe provin în parte de la oamenii care populează aceste locuri, dar numai demografia singură nu explică variația”⁸. Cyberspațiul este compus din camere de *chat* separate, *gateway*-uri intranet, plicuri digitale și alte sisteme de limitare a accesului, toate aceste componente asemănându-se cu efectele granițelor naționale, granițelor fizice și distanței topografice⁹. Cu alte cuvinte, așa cum a încercat doctrina să explice, Internetul este mediul, în timp ce spațiul cibernetic (cyberspațiul) reprezintă societatea.

Existența unei persoane pe Internet, care acționează în spațiul cibernetic, este destul de diferită de existența sa și acțiunea sa în viața reală.

Dacă un „netizen” („cetățean al rețelei”) reprezintă o persoană implicată activ în comunitățile online sau pe Internet, se pune întrebarea câte dintre caracteristicile sale din viața reală sunt preluate în spațiul virtual?

Așa cum a subliniat Lessig, în spațiul cibernetic nu există oameni normali sau anormali, nu există „orbi”, „surzi” sau „urâți”¹⁰, nu există etichete. Suntem ceea ce comunicăm.

Întrucât o mare parte a existenței noastre se realizează în mediul virtual, este important să înțelegem dacă spațiul cibernetic asigură drepturi și libertăți asociate identității noastre digitale.

II. Un nou drept în cyberspațiu - dreptul la viață virtuală

Prin *Ghidul privind drepturile omului pentru utilizatorii de Internet*¹¹, adoptat la 16 aprilie 2014 de Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei, s-a stabilit cadrul de bază

⁸ L. Lessig, Code. Version 2.0, Basic Books New York, 2006, p. 83.

⁹ L. Lessig, op.cit., nota 7, p. 84.

¹⁰ L. Lessig, op.cit., notele 7, 8, p. 86-87.

¹¹ Consiliul Europei, Ghidul drepturilor omului pentru utilizatorii de internet, Recomandarea CM/Rec(2014)6 și Expunerea de motive a Comitetului de Miniștri către statele membre cu privire la un Ghid privind drepturile omului pentru utilizatorii de internet, adoptată de Comitetul de Miniștri la 16 aprilie 2014 la a 1197-a sesiune.

al principiilor pentru protejarea drepturilor fundamentale ale omului garantate de CEDO pentru utilizatorii de Internet. Ghidul a fost conceput ca un instrument:

- de utilizat de către persoane fizice atunci când se confruntă cu dificultăți în exercitarea drepturilor lor online;
- pentru a ajuta guvernele și instituțiile publice să își îndeplinească obligațiile de a proteja, respecta și garanta drepturile omului;
- pentru a declanșa discuțiile naționale referitoare la protecția și promovarea drepturilor utilizatorilor de Internet și impunerea acestora în mediile online;
- pentru a promova responsabilitatea socială corporativă prin încurajarea sectorului privat să acționeze în mod responsabil și cu respectarea drepturilor persoanelor cu care contractează.

Ghidul subliniază faptul că protecția libertății de exprimare, a accesului la informații, a dreptului la libertatea de întrunire, protecția împotriva criminalității informatice, a dreptului la viață privată și protecția datelor cu caracter personal sunt toate garantate în mod egal atât online cât și offline. Potrivit paragrafului 2 din *Ghid*, „(...) Drepturile omului, care sunt universale și indivizibile, precum și standardele conexe, prevalează asupra termenilor și condițiilor generale impuse utilizatorilor de Internet de către orice actor din sectorul privat. ”

Ghidul vorbește, de asemenea, despre *dreptul de acces la Internet* ca un mijloc important pentru ca oamenii să își exercite drepturile și libertățile și să participe la democrație. Prin urmare, oamenii nu ar trebui să fie deconectați de la Internet împotriva voinței lor, cu excepția cazului în care acest lucru este decis de o instanță. În anumite cazuri, prevederile contractuale pot duce, de asemenea, la întreruperea serviciului, dar aceasta ar trebui să fie o măsură de ultimă instanță.¹²

În opinia mea, dreptul la viață virtuală izvorăște din acest nou set de drepturi digitale care sunt recunoscute de comunitatea internațională și mai ales, din dreptul de acces la Internet. De fapt, dreptul de acces la Internet este interconectat cu dreptul la viață virtuală, primul reprezentând o condiție anterioară în lipsa căreia dreptul la viață virtuală nu ar avea sens.

Totuși, nu există nicio discuție pe tema dreptului la viață virtuală, deoarece nici documentele europene, nici doctrina nu îl numesc ca atare și nici nu îl analizează în studiile de specialitate. De exemplu, *Internet Rights & Principles Dynamic Coalition*¹³ – care este o rețea internațională de persoane individuale și organizații care cooperează pentru a susține drepturile omului în mediul online și în spectrul de domenii de elaborare a politicilor pe Internet – a elaborat *Carta Drepturilor Omului și a Principiilor pentru Internet*¹⁴. Acest document acoperă întregul domeniu al drepturilor omului, bazându-se pe Declarația Universală a Drepturilor Omului și alte convenții ale Națiunilor Unite¹⁵. În 2011,

¹² Acces și nediscriminare, alin. 1, Anexa la Recomandarea CM/Rec(2014)6.

¹³ Internet Rights & Principles Dynamic Coalition (IRPC) se fundamentează pe Forumul ONU pentru Guvernarea Internetului, un forum „cu mai multe părți interesate”, deschis pentru guvern, afaceri și grupuri ale societății civile pentru a se reuni și pentru a discuta punctele de îngrijorare reciproce care se încadrează la rubrica Guvernării Internetului. guvernare. A se vedea, <http://www.intgovforum.org>, accesat 1.09.2021.

¹⁴ <http://internetrightsandprinciples.org>, accessed on 1.09.2021.

¹⁵ Carta este rezultatul muncii multor persoane individuale și organizații de-a lungul anilor. A se vedea, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>, accesat la 1.09.2021. La prima reuniune de revizuire a WSIS +10 a UNESCO, la începutul lui 2013, IRPC a stabilit cea de-a doua fază a Cartei IRPC, „Carta 2.0”.

coaliția a lansat *Cele zece principii puternice*¹⁶, o distilare a zece valori și principii cheie care stau la baza *Cartei*.

Carta prevede următoarele drepturi și principii:

- 1) *Universalitate și egalitate* - Toți oamenii se nasc liberi și egali în demnitate și drepturi, care trebuie respectate, protejate și realizate în mediul online.
- 2) *Drepturi și Justiție Socială* - Internetul este un spațiu pentru promovarea, protecția și îndeplinirea drepturilor omului și promovarea justiției sociale. Toată lumea are datoria de a respecta drepturile omului ale tuturor celorlalți în mediul online.
- 3) *Accesibilitate* – Orice persoană are dreptul egal de a accesa și de a utiliza un Internet securizat și deschis.
- 4) *Exprimare și asociere* - Orice persoană are dreptul de a căuta, primi și distribui informații în mod liber pe Internet, fără cenzură sau alte interferențe. Orice persoană are, de asemenea, dreptul de a se asocia liber prin și pe Internet, în scopuri sociale, politice, culturale sau de altă natură.
- 5) *Confidențialitate și protecția datelor* – Orice persoană are dreptul la confidențialitate online. Aceasta include libertatea de a nu fi supravegheată, dreptul de a utiliza criptarea și dreptul la anonimatul online. Orice persoană are, de asemenea, dreptul la protecția datelor, inclusiv controlul asupra colectării, păstrării, prelucrării, eliminării și dezvăluirii datelor cu caracter personal.
- 6) *Viață, libertate și securitate* - Drepturile la viață, libertate și securitate trebuie respectate, protejate și îndeplinite online. Aceste drepturi nu trebuie să fie încălcate sau utilizate pentru a încălca alte drepturi în mediul online.
- 7) *Diversitatea* - Diversitatea culturală și lingvistică pe Internet trebuie promovată, iar inovația tehnică și politică ar trebui încurajată pentru a facilita pluralitatea opiniilor.
- 8) *Egalitatea în rețea* – Orice persoană trebuie să aibă acces universal și deschis la conținutul Internetului, fără prioritizare discriminatorie, filtrare sau control al traficului din motive comerciale, politice sau de altă natură.
- 9) *Standarde și reglementări* - Arhitectura Internetului, sistemele de comunicații și formatele de documente și date se bazează pe standarde deschise care asigură interoperabilitate completă, incluziune și șanse egale pentru toți.
- 10) *Guvernare* - Drepturile omului și justiția socială trebuie să formeze bazele legale și normative pe care funcționează și este guvernat Internetul. Acest lucru se va întâmpla într-un mod transparent și multilateral, bazat pe principii deschiderii, participării incluzive și responsabilizării.

Chiar dacă dreptul la viață este abordat în cadrul celui de-al șaselea principiu - *Viață, Libertate și Securitate* - *Carta* statuând că „drepturile la viață, libertate și securitate trebuie respectate, protejate și îndeplinite online”¹⁷ – în explicațiile *Cartei* nu există nicio

¹⁶ <http://internetrightsandprinciples.org/site/campaign>, accesat la 1.09.2021.

¹⁷ Art. 3 din *Carta IRPC* - Dreptul la Libertate și Securitate pe Internet. După cum este consacrat în articolul 3 din Declarația Universală a Drepturilor Omului: „orice persoană are dreptul la viață, libertate și securitate”. Toate măsurile de securitate trebuie să fie în concordanță cu legislația și standardele internaționale privind drepturile omului. Aceasta înseamnă că măsurile de securitate vor fi ilegale în cazul în care restricționează un alt drept al omului (de exemplu dreptul la viață privată sau dreptul la libertatea de exprimare), cu excepția unor circumstanțe excepționale. Toate restricțiile trebuie să fie precise și definite în mod restrâns.

o referire directă la dreptul la viață. De fapt, protecția dreptului la viață pe Internet este dedusă din garantarea protecției împotriva tuturor formelor de criminalitate și nimic mai mult.

Nu pot să nu observ faptul că autorii *Cartei* nu au făcut nicio diferență între dreptul la viață al unei ființe umane și dreptul la viață virtuală, deoarece *Carta* protejează în mod evident dreptul la viață fizică atunci când acesta este periclitat prin comportamente care au loc în spațiul cibernetic.

În opinia mea, toate drepturile Internetului identificate de actorii internaționali sau de către doctrină, nu pot fi înțelese în absența recunoașterii unui drept la viață virtuală, ca drept distinct de dreptul geamăn care urmărește protejarea vieții fizice. Nu s-ar putea accepta faptul că viața virtuală ar fi o prelungire a dreptului la viață în spațiul cibernetic, deoarece în spațiul cibernetic interacționează și alte entități, nu doar ființele umane, așa cum voi demonstra în următorul subtitlu.

III. Comparație între dreptul la viață și dreptul la viață virtuală

În acest subtitlu voi realiza o paralelă între *dreptul la viață (DV)* și *dreptul la viață virtuală (DVV)* pentru a sublinia asemănările și deosebirile dintre aceste două drepturi, demersul comparativ realizându-se prin raportare la un set de itemi relevanți: sediul materiei, mediu, actori îndreptățiți, excepții, durată, drepturi opuse, probleme legate de identitate/identificare, încetare și protecție prin mijloace de drept penal.

A) Sediul materiei

DV este prevăzut de un număr important de documente internaționale, europene și naționale¹⁸ – doar pentru a exemplifica acest lucru indic: art. 2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (CEDO), art. 1 din Protocolul nr. 6 la CEDO, art. 3 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, art. 6 alin. 1 din Protocolul privind drepturile civile și politice. Convenția ONU privind drepturile copilului garantează, de asemenea, dreptul la viață al persoanei prin art. 6.¹⁹

DVV este numit doar de *Carta Drepturilor Omului și Principiilor pentru Internet* care, așa cum am subliniat deja, se referă la DV pentru situațiile în care acesta este periclitat în mediul online. Concluzionez că nu există nicio prevedere a DVV, *prin viață virtuală înțelegându-se, de fapt, în opinia mea, dreptul de a exista și de a acționa în*

Toate restricțiile trebuie să constituie minimul necesar pentru a satisface o nevoie reală, care este recunoscută de lege în temeiul dreptului internațional și proporțională cu această nevoie. Restricțiile trebuie să îndeplinească, de asemenea, criterii suplimentare care sunt specifice fiecărui drept. Nu sunt permise restricții în afara acestor limite stricte. Pe Internet, dreptul la viață, libertate și securitate include:

- a) Protecția împotriva tuturor formelor de infracționalitate – Orice persoană va fi protejată împotriva tuturor infracțiunilor comise pe sau folosind Internetul, inclusiv hărțuirea, urmărirea cibernetică, traficul de persoane și utilizarea abuzivă a identității digitale și a datelor.
- b) Securitatea Internetului - Orice persoană are dreptul de a se bucura de conexiuni sigure la și pe Internet. Aceasta include protecția împotriva serviciilor și protocoalelor care amenință funcționarea tehnică a Internetului, cum ar fi viruși, programe malware și phishing.

¹⁸ Constituția României prevede dreptul la viață prin art. 22: „Dreptul la viață, la integritate fizică și psihică (1) Dreptul la viață, precum și dreptul la integritate fizică și psihică a persoanei sunt garantate. (2) Nimeni nu poate fi supus la tortură sau la orice fel de pedepse sau tratamente inumane sau degradante. (3) Pedepsa cu moartea este interzisă.”

¹⁹ Z. Pavlović, N. Paunović, Protection of Children from Sexual Abuse and Exploitation in International, European and National Legal Framework, in Z. Pavlović (ed.), Yearbook. Human Rights Protection. The Right to Dignity, No. 3, Novi Sad 2020, p. 318.

mediul virtual (cyberspațiu). Or, un asemenea înțeles nu reiese din niciun document oficial sau neoficial contemporan.

B) Mediu

DV este un drept exercitat și protejat în realitatea fizică, fiind conectat la principala trăsătură a ființei umane – viața fizică – și necondiționat de alte trăsături umane precum conștiința.

DVV este un drept care trebuie exercitat în spațiul cibernetic care este o dimensiune paralelă a existenței fizice, încă necondiționat de caracteristica de a fi uman, așa cum voi demonstra în continuare la pct. C.

C) Actori îndreptățiți și identitate digitală

DV este garantat pentru ființe umane²⁰, supraviețuirea fizică fiind o condiție prealabilă pentru a beneficia de diferite drepturi și libertăți²¹. După cum se arată în doctrină, „*conținutul drepturilor omului poate fi cunoscut prin observarea trăsăturilor caracteristice ale naturii umane. Astfel, observația că Omul este prin natura sa o ființă - vie, socială și spirituală - face posibilă deducerea ideii că drepturile omului protejează viața și integritatea fizică a persoanelor (ființe), apoi capacitatea acestora de a întemeia o familie (ființe vii), apoi aceea de a se asocia și exprima (ființe sociale) și în final libertățile spiritului (ființe spirituale). Protecția acestor facultăți urmărește în cele din urmă reducerea obstacolelor din calea dezvoltării armonioase a personalității, în toate dimensiunile naturii umane*”²².

DVV se exprimă prin identitatea digitală sau electronică. Identitatea digitală este manifestarea electronică a vieții virtuale a unei entități. Identitatea digitală este definită ca informație despre o entitate utilizată de sistemele informatice pentru a reprezenta un agent extern. Agentul respectiv poate fi o persoană, organizație, aplicație sau dispozitiv. ISO/IEC 24760-1 – Standardele pentru securitate și confidențialitate – Un cadru pentru managementul identității²³, document elaborat de ISO – International Standardization Organizațon (Organizația Internațională pentru Standardizare) - și IEC - International

²⁰ Art. 1 din Declarația Universală a Drepturilor Omului: „Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și drepturi. Ele sunt înzestrate cu rațiune și conștiință și ar trebui să se comporte una față de cealaltă într-un spirit de fraternitate.”

²¹ S. Reisoğlu, Right to Life, Journal of International Affairs, December 1998 - Februarie 1999, Vol. III, Nr. 4, <http://sam.gov.tr/pdf/perceptions/Volume-III/december%201998-february%201999/SafaReisoglu.pdf>, accesat la 1.09.2021.

²² G. Pupinck, The Dignity (and Indignity) of Human Life in International Law, in Right to Life and Human Dignity, 70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, Geneva 2018, p. 34, https://christusliberat.org/journal/wp-content/uploads/2018/11/Right-to-Life-3-Dec-18_web.pdf, accesat la 1.09.2021.

²³ ISO/IEC 24760 Securitate și confidențialitate IT — Un cadru pentru managementul identității este un set de standarde internaționale, care stabilesc un cadru pentru emiterea, administrarea și utilizarea datelor care servesc la caracterizarea persoanelor, organizațiilor sau componentelor tehnologiei informației care operează în numele a persoanelor sau organizațiilor. Documentul specifică conceptele fundamentale și structurile operaționale ale managementului identității cu scopul de a realiza managementul sistemului informațional astfel încât sistemele informaționale să poată îndeplini obligațiile de afaceri, contractuale, de reglementare și legale. Prima parte a documentului (ISO/IEC 24760-1:2019 IT Security and Privacy — Un cadru pentru managementul identității — Partea 1: Terminologie și concepte) specifică terminologia și conceptele pentru managementul identității, pentru a promova o înțelegere comună în domeniul managementului identității. A se vedea <https://docs.evolveum.com/glossary/iso24760/>, accesat la 10.01.2022.

Electrotechnical Commission (Comisia Electrotehnică Internațională) -, definește identitatea ca „un set de attribute legate de o entitate”. Digitalizarea informațiilor personale schimbă modurile de identificare a persoanelor și de gestionare a relațiilor, de ex. pe Internet. Ceea obișnuia să fie o identitate „naturală”, de ex. prezentarea personală a unei persoane la un ghișeu, ”este acum la fel de virtuală ca un cont de utilizator la un portal web, o adresă de e-mail sau un număr de telefon mobil”²⁴. Identitatea digitală poate fi, de asemenea, denumită subiect digital sau entitate digitală și este reprezentarea digitală a unui set de asumții făcute de o parte despre ea însăși sau despre o altă persoană, grup, lucru sau concept²⁵.

Identitatea digitală se bazează pe principiile non-fizice – reducerea și uneori eliminarea granițelor la nivel de națiune, religie, gen, rasă și vârstă²⁶. Participarea în spațiul digital influențează semnificativ construcția identității și modifică experiența sinelui, creând posibilitatea unui eu ideal, mult diferit de cel real²⁷.

Dar, așa cum am subliniat deja, identitatea digitală se referă la o entitate, nu neapărat la o ființă umană. Ar putea fi, de asemenea, o persoană juridică, o entitate colectivă fără personalitate juridică și, de asemenea, un sistem de inteligență artificială, de ex. un *Bot*²⁸.

Prezența în spațiul cibernetic se bazează pe trei elemente: identitate, autentificare și credențiale, astfel că pot fi identificate anumite asemănări cu identitatea și identificarea din viața reală, așa cum arată Lessig. Dar totuși, în viața reală folosim pentru identificare acte de identitate, pașapoarte, conturi bancare, certificate etc. În spațiul cibernetic folosim în principal IP – adresa protocol Internet și diverse parole.

O adresă IP este o adresă unică ce identifică un dispozitiv de pe Internet sau o rețea locală. IP înseamnă „Internet Protocol”, care reprezintă un set de reguli ce guvernează formatul datelor trimise prin Internet sau prin rețeaua locală. În esență, adresele IP sunt identificatorul care permite transmiterea informațiilor între dispozitivele dintr-o rețea: ele conțin informații despre locație și fac dispozitivele accesibile pentru comunicare. Internetul are nevoie de o modalitate de a face diferența între diferite computere, routere și site-uri web. Adresele IP oferă o modalitate de a face acest lucru, constituind o parte esențială a modului în care funcționează Internetul. O adresă IP este un șir de numere separate prin puncte. Adresele IP sunt exprimate ca un set de patru numere - un exemplu de adresă ar putea fi 192.158.1.38. Fiecare număr din set poate varia de la 0 la 255. Deci, intervalul complet de adrese IP variază de la 0.0.0.0 la 255.255.255.255. Adresele IP nu sunt aleatorii. Ele sunt produse și alocate matematic de Autoritatea pentru Alocarea Numerelor

²⁴ K. Rannenberg, D. Royer, A. Deuker, *The Future of Identity in the Information Society*, 2009. Disponibil la DOI: 10.1007/978-3-642-01820-6

²⁵ D. Deh, D. Glođović, *The Construction of Identity in Digital Space*, *AM Journal of Art and Media Studies* Nr. 16, 2018, p. 101–111. Disponibil la DOI: 10.25038/am.v0i16.257.

²⁶ Idem, p. 104.

²⁷ Idem, p. 109.

²⁸ Un Bot este un program software care funcționează pe Internet și efectuează sarcini repetitive. În timp ce o parte din traficul pe Internet este generat de Boți ”buni”, Boții malițioși pot avea un impact negativ important asupra unui site sau asupra unei aplicații. Boții sunt automatizați, ceea ce înseamnă că rulează conform unor instrucțiuni, fără să fie nevoie de intervenția unui utilizator uman. Boții imită sau înlocuiesc adesea comportamentul unui utilizator uman și pot fi de mai multe tipuri: Chatboți (programe care simulează conversația umană răspunzând la anumite fraze cu răspunsuri programate); crawler-ele web (sau Googlebots, care sunt programe ce scanează conținut de pe pagini web de pe tot Internetul); Boți sociali (programe care operează pe platforme de social media); Boți malițioși (programe malware care șterg conținut, răspândesc conținut spam sau efectuează atacuri asupra credențialelor). A se vedea <https://www.cloudflare.com/learning/bots/what-is-a-bot/>, accesat la 1.09.2021.

pe Internet (IANA - *Internet Assigned Numbers Authority*), o divizie a Corporației Internet pentru Nume și Numere Alocate (ICANN - *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).²⁹

Există anumite conexiuni între viața reală și ”viața”³⁰ virtuală deoarece datele din viața reală sunt stocate în spațiul cibernetic. Cu toate acestea, existența virtuală nu are nimic de-a face cu existența fizică, deoarece *o persoană care decedează în spațiul fizic ar putea continua să „trăiască” online, identitatea sa electronică nefiind ștearsă.*

De fapt, există autori care vorbesc despre ”tehnospiritualitate” – un fel de viață după moarte în spațiul cibernetic³¹. ”Migrarea” în masă către rețelele sociale online a condus și la apariția unui număr tot mai mare de profiluri online ale unor persoane care nu mai sunt în viață. Cu toate acestea, moartea unui utilizator nu are ca rezultat eliminarea contului său și nici a locului profilului dintr-o rețea de socializare sau platformă online. În schimb, comportamentul prietenilor de pe rețeaua respectivă care interacționează în continuare cu acel profil/cont conferă o ”viață” continuă identității pe care o reprezintă acel profil. Utilizarea activă a paginilor de profil ale utilizatorilor decedați ridică întrebări cu privire la natura morții în acest context socio-tehnic. Literatura de specialitate arată că rețelele de socializare online fac posibilă o „persistență tehnologică a identității”³². Cercetătorii de la *Oxford Internet Institute* au estimat că, pe baza datelor globale din 2018, numărul conturilor corespunzând persoanelor decedate de pe cea mai mare rețea de socializare din lume – *Facebook* – ar putea ajunge la 4,9 miliarde până la sfârșitul acestui secol³³.

D) Excepții

DV are limitări (excepții) prevăzute de art. 2 CEDO. Viața umană nu poate fi curmată intenționat, cu excepția situațiilor prevăzute de art. 2 și art. 15 CEDO care se referă la: Hotărârile judecătorești prin care se aplică pedeapsa capitală (art. 2 alin. 1 CEDO: „Dreptul oricărei persoane la viață este protejat de lege. Nimeni nu poate fi privat de viață sa în mod intenționat decât în executarea unei sentințe pronunțate de o instanță în urma condamnării sale pentru o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa cu moartea.” Chiar dacă Protocolul nr. 61, privind abolirea pedepsei cu moartea, anexă la Convenție prevede că „Pedeapsa cu moartea va fi abolită. Nimeni nu va fi condamnat la această pedeapsă sau executat”, art. 2 din Protocol autorizează pedeapsa cu moartea pentru faptele săvârșite în timpul sau ca urmare a riscului războiului. O altă categorie de excepții este prevăzută de art. 2 alin. 2 CEDO - folosirea forței care este absolut necesară ar putea duce la moartea unei ființe umane. În această categorie sunt incluse: legitima apărare, reținerea și împiedicarea evadării unui deținut, reprimarea rebeliunilor și revoltelor.

²⁹ ICANN este o organizație non-profit care a fost înființată în Statele Unite ale Americii în anul 1998 pentru a ajuta la menținerea securității Internetului și a permite folosirea acestuia de către toate persoanele. De fiecare dată când o persoană înregistrează un domeniu pe Internet, se adresează unui registrator de nume de domeniu, care plătește o mică taxă către ICANN pentru înregistrarea domeniului respectiv. A se vedea <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/what-is-an-ip-address>, accesat la 1.09.2021.

³⁰ Un termen mai potrivit ar fi ”existență”.

³¹ J. R. Brubaker, J. Vertesi, *Death and the Social Network*, <http://www.dgp.toronto.edu/~mikem/hcieol/subs/brubaker.pdf>, accesat la 1.09.2021.

³² J.R. Brubaker, *I am an ID: Non/persisting our sociotechnical digital identities*. Teză de dizertație, Georgetown University, Washington D.C., 2009, citat de J.R. Brubaker and J. Vertesi, p. 1.

³³ **The WALRUS, What Happens to Your Social Media Accounts after You Die, 4 Iunie 2021**, <https://thewalrus.ca/death-what-happens-to-your-social-media-accounts-after-you-die/>, accesat la 2.09.2021.

O altă categorie este cea a acțiunilor de război la care se referă art. 15 alin. 2 CEDO. Nu în ultimul rând, comportamentele suicidare constituie, de asemenea excepții de la caracterul absolut al dreptului la viață.

DVV nu are limitări aparente, dar totuși aceste limitări există. O persoană care acționează în spațiul cibernetic nu poate șterge identitatea virtuală a altui actor cibernetic, deoarece identitatea virtuală este legată într-o oarecare măsură de identitatea fizică a ființelor umane. Numai „sinuciderea virtuală” este posibilă, o persoană putându-și șterge propria identitate virtuală sau, cel puțin poate face tot posibilul să încerce acest lucru. Chiar și în cazul rețelelor sociale online, administratorii nu pot decât să blocheze accesul unei persoane la acea rețea, dar nu pot șterge identitatea virtuală a persoanei care nu a respectat regulile pe o anumită platformă online.

E) Durata

DV este garantat și protejat pe întreaga durată a vieții omului, din momentul nașterii, până în momentul morții. Totuși, există o tendință emergentă de a extinde recunoașterea dreptului la viață și înainte de naștere, în special de la momentul concepției, și, prin urmare, de a recunoaște personalitatea juridică prenatală - în încercarea de a acorda drepturi unui zigot, embrion sau făt care ar fi egale sau superioare drepturilor femeilor însărcinate. Această tendință este fundamentată pe motivații ideologice și religioase, iar disputa teoretică pe marginea acestui subiect este departe de a fi încheiată³⁴ și nu constituie subiectul prezentului studiu. DV încetează în momentul terminării vieții fizice, din punct de vedere juridic acest moment corespunzând cu momentul constatării morții cerebrale.

În contrapartidă, DVV ar trebui să fie garantat pe întreaga existență în spațiul cibernetic din momentul înregistrării și dobândirii identității virtuale. Foarte interesant este faptul că momentul încetării vieții virtuale nu este ușor de determinat, deoarece ștergerea prezenței virtuale – a contului virtual – în spațiul cibernetic nu duce neapărat la o „moarte virtuală”, urmele unei existențe virtuale fiind identificabile online. De exemplu, prin verificarea și analiza *metadatelor*, identitatea numerică, chiar dacă a fost ștearsă, ar putea fi detectată datorită altor informații legate de ID-ul electronic. În plus, interacțiunea dintre o identitate digitală (corespunzătoare unui cont/profil) cu site-uri, platforme, rețele de socializare, camere de chat, etc. online determină o multiplicare tinzând către infinit a „urmelor” digitale lăsate de acea persoană în mediul online. Demersul de ștergere completă a tuturor acestor urme este, în mod evident, utopic.

În acest context, este interesant exemplul *The Internet Archive*, o organizație non-profit, care este o bibliotecă digitală dinamică și în creștere de site-uri de internet și alte artefacte culturale în formă digitală, oferind acces gratuit cercetătorilor, istoricilor, savanților și publicului larg, cu scopul declarat de a oferi *Acces Universal la Toate Cunoștințele*. Arhiva a fost inițiată în 1996 prin arhivarea Internetului în sine, un mediu care, la vremea respectivă, abia începea să crească în utilizare. La fel ca ziarele, conținutul publicat pe web a fost efemer – dar, spre deosebire de ziare, nimeni nu era preocupat de salvarea conținutului online. Astăzi, *Arhiva* are peste 25 de ani de istorie web accesibilă prin motorul *Wayback Machine* și lucrează cu peste 750 de biblioteci și alți parteneri printr-un program Archive-IT pentru a identifica paginile web importante. Astăzi, *Arhiva Internet*

³⁴ Pentru informații suplimentare a se vedea L.M. Stănilă, *Provocările bioeticii și răspunderea penală*, Universul Juridic, București, 2015, p. 89-114.

conține: 588 de miliarde de pagini web, 28 de milioane de cărți și texte, 14 milioane de înregistrări audio (inclusiv 220.000 de concerte live), 6 milioane de videoclipuri (inclusiv 2 milioane de programe de știri TV), 3,5 milioane de imagini, 580.000 de programe software³⁵ și este, în mod evident, în expansiune continuă.

Chiar dacă facem tot posibilul, nu ne putem șterge *toate* urmele identității digitale, fiind imposibil să obținem o ștergere 100% a identității noastre în mediul virtual³⁶.

F) Drepturi opuse

În ceea ce privește DV, există o dezbatere dramatică asupra recunoașterii deciziei individuale de a pune capăt existenței fizice sau cu privire la recunoașterea deciziei individuale a femeii însărcinate de a termina viața produsului de concepție. Cu alte cuvinte se dezbate tot mai mult cu privire la recunoașterea unui drept la moarte³⁷ ca drept opus dreptului la viață. După cum se arată în doctrină, „dreptul la viață este din nou contestat, judecătorii și legiuitorii introducând noi excepții neprevăzute în textele originale ale convențiilor internaționale care prevăd DV”³⁸. De exemplu, Comitetul pentru Drepturile Omului, în noua versiune a *Comentariilor sale generale privind dreptul la viață*, afirmă dreptul de a pune capăt vieții copiilor nenăscuți și dreptul la sinucidere asistată³⁹. Este inutil să precizez că eutanasia, în toate formele sale de manifestare, este un subiect fierbinte de dezbatere atât pentru opinia publică cât și pentru cercetarea științifică, din motive evidente⁴⁰.

În ceea ce privește DVV, dreptul opus, al morții virtuale este indiscutabil întrucât moartea virtuală survine după efectuarea operației de ștergere. Firește că în acest context de dezbatere dreptul la moarte virtuală, opus al dreptului la viață virtuală, discuția ar putea fi purtată și în cheia dezbaterilor asupra dreptului de a de fi uitat⁴¹, drept prevăzut de GDPR

³⁵ A se vedea <https://archive.org/about/>, accesat la 10.01.2022.

³⁶ A. Ohlheiser, *Erasing yourself from the Internet is nearly impossible. But here's how you can try*, *The Washington Post*, 10 Februarie 2017,

<https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2017/02/10/erasing-yourself-from-the-internet-is-nearly-impossible-but-heres-how-you-can-try/>, accesat la 1.09.2021.

³⁷ Cu privire la existența unui drept la moarte, CtEDO a statuat în cauza *Pretty c/a Regatul Unit*, că dreptul la viață garantat de art. 2 al Convenției nu ar putea fi interpretat ca implicând și un aspect negativ, în sensul că ar conferi și un drept diametral opus, acela de a muri. A se vedea Cauza *Pretty c/a Regatul Unit*, nr.2346/02, judecata din 29 aprilie 2002, în *European Court of Human Rights – Reserch Report – Bioethics and the case-law of the Court*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012, www.echr.coe.int (accesat la 10 decembrie 2021).

³⁸ G. Pupinck, op.cit., p. 37.

³⁹ Comitetul pentru Drepturile Omului (Human Rights Committee), Comentariu general nr. 36(2018) asupra art. 6 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice, referitor la dreptul la viață (General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life), CCPR/C/GC/36, 30 Octombrie 2018.

⁴⁰ A se vedea L.M. Stănilă, op. cit., p. 114-135.

⁴¹ Analiza CtEDO pe marginea ștergerii datelor unei persoane s-a realizat în cheia respectării dreptului la viață privată garantat de art. 8 CEDO. Spre exemplu: protecția datelor cu caracter personal joacă un rol fundamental în exercitarea dreptului la respectarea vieții private și de familie (S. și Marper împotriva Regatului Unit (MC), nr. 30562/04 și 30566/04, pct. 103, 4 decembrie 2008); art. 8 protejează informațiile cu caracter personal în privința cărora un individ poate spera în mod legitim că nu sunt publicate sau utilizate fără consimțământul său (Flinkkila și alții împotriva Finlandei, nr. 25576/04, pct. 75, 6 aprilie 2010; Saario și alții împotriva Finlandei, nr. 184/06, pct. 61, 12 octombrie 2010), cum ar fi, de exemplu, adresa de domiciliu (Alkaya împotriva Turciei, nr. 42811/06, 9 octombrie 2012); difuzarea de informații despre o persoană menționându-se numele complet al acesteia constituie o ingerință în dreptul la respectarea vieții private (Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH împotriva Austriei - nr. 2 - , nr. 1593/06, 19 iunie 2012);

(Regulamentul General privind Protecția Datelor)⁴² în art. 17. Conform acestui text legal, *dreptul la ștergerea datelor* (“*dreptul de a fi uitat*”) reprezintă dreptul “persoanei vizate de a obține din partea operatorului de date ștergerea datelor cu caracter personal, fără întârzieri nejustificate”. Operatorii de date cu caracter personal sunt obligați să șteargă datele cu caracter personal, în cazul în care există unul dintre următoarele motive:

- a) datele cu caracter personal nu mai sunt necesare pentru îndeplinirea scopurilor pentru care au fost colectate sau prelucrate;
- b) persoana vizată își retrage consimțământul pe baza căruia are loc prelucrarea, în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (a) sau cu articolul 9 alineatul (2) litera (a), și nu există niciun alt temei juridic pentru prelucrarea acestora;
- c) persoana vizată se opune prelucrării în temeiul articolului 21 alineatul (1) și nu există motive legitime care să prevaleze în ceea ce privește prelucrarea sau persoana vizată se opune prelucrării uzând de dreptul la opoziție în temeiul articolului 21 alineatul (2) din Regulament;
- d) datele cu caracter personal au fost prelucrate ilegal;
- e) datele cu caracter personal trebuie șterse pentru respectarea unei obligații legale care revine operatorului în temeiul dreptului Uniunii sau al dreptului intern sub incidența căruia se află operatorul;
- f) datele cu caracter personal au fost colectate în legătură cu oferirea de servicii ale societății informaționale menționate la articolul 8 alin. (1) din Regulament, aparținând unor persoane cu vârsta sub 16 ani.

În cazul în care operatorul a făcut publice datele cu caracter personal și este obligat, în temeiul alineatului (1), să le șteargă, operatorul, ținând seama de tehnologia disponibilă

publicarea de date sau informații colectate în locuri publice prin mijloace sau într-o măsură care depășește ceea ce este în mod normal previzibil poate face, de asemenea, ca aceste materiale să intre în domeniul de aplicare al art. 8 § 1 (Peck împotriva Regatului Unit, nr. 44647/98, pct. 60-63, CEDO 2003-1), privind transmiterea către mass-media, în scopul difuzării, de imagini video ale reclamantului într-un loc public; etc. Pentru lecturarea deciziilor a se vedea www.echr.coe.int.

⁴² În data de 4 mai 2016 au fost publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene cele două acte care compun pachetul legislativ privind protecția datelor cu caracter personal la nivelul Uniunii Europene: Regulamentul (UE) 2016/679 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), care a intrat în vigoare la 25 mai 2018 și Directiva (UE) 2016/680 referitoare la protecția datelor personale în cadrul activităților specifice desfășurate de autoritățile de aplicare a legii. La nivel național, cadrul legislativ privind protecția datelor cu caracter personal este asigurat de: Legea nr. 102 din 3 mai 2005 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității Naționale de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal, cu modificările și completările ulterioare – Republicare; Legea nr. 190 din 18 iulie 2018 privind măsuri de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor); Legea nr. 363 din 28 decembrie 2018 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, descoperirii, cercetării, urmăririi penale și combaterii infracțiunilor sau al executării pedepselor, măsurilor educative și de siguranță, precum și privind libera circulație a acestor date; Legea nr. 129/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 102/2005 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității Naționale de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal precum și pentru abrogarea Legii nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date. Această lege a abrogat Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date.

și de costul implementării, ia măsuri rezonabile, inclusiv măsuri tehnice, pentru a informa operatorii care prelucrează datele cu caracter personal că persoana vizată a solicitat ștergerea de către acești operatori a oricăror linkuri către datele respective sau a oricăror copii sau reproduceri ale acestor date cu caracter personal.

Întrucât GDPR definește în art. 4 "datele cu caracter personal" ca fiind "orice informații privind o persoană fizică identificată sau identificabilă", iar prin "persoană fizică identificabilă" se înțelege o persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în special prin referire la un element de identificare, cum ar fi un nume, un număr de identificare, date de localizare, un identificator online, sau la unul sau mai multe elemente specifice, proprii identității sale fizice, fiziologice, genetice, psihice, economice, culturale sau sociale, sunt de părere că *datele cu caracter personal înregistrate/stocate în mediul digital definesc total sau parțial identitatea digitală a unei persoane. Putem spune, astfel, că dreptul de a fi uitat poate fi privit ca o fațetă a dreptului la moarte digitală, drept opus unui drept la viață digitală, însă nu echivalează cu acesta. O persoană poate solicita ștergerea unor date cu caracter personal în condițiile GDPR, dar poate continua să "existe" în mediul online prin intermediul conturilor de utilizator de pe diferite rețele și platforme online.*

G) Încetare

DV presupune încetarea existenței fizice prin suprimarea funcțiilor vitale. Acest lucru poate fi consecința unor cauze diferite: factori externi, comportamente ale altora, sinucidere etc. În opoziție, DVV încetează printr-o singură acțiune fizică: operația de ștergere – *delete* – care presupune ștergerea cifrelor electronice referitoare la ID-ul digital. Însă, așa cum am subliniat deja, nici o moarte "nu este perfectă" în spațiul cibernetic, urme ale existenței electronice rămânând încă ascunse în metadatae.

O simplă căutare pe Google ne conduce către mai multe site-uri web care ne sfătuiesc cum să ne ștergem identitatea electronică sau amprenta electronică⁴³. Operația de ștergere⁴⁴ – *delete* - duce doar la ștergerea în proporție de 99% a informațiilor online ale unei persoane și ar trebui efectuată, printre altele, prin eliminarea în întregime a datelor din serviciile de broker de date, ștergerea vechilor conturi de e-mail și ștergerea conturilor de social media⁴⁵.

În concluzie, dacă viața fizică încetează atunci când existența umană se oprește prin fenomenul morții, existența virtuală se încheie prin operația de ștergere a identității digitale și a urmelor digitale. Dar, așa cum am încercat să explic, acest lucru nu este posibil în totalitate.

H) Protecție prin mijloace penale

În fine, deși ambele drepturi sunt protejate prin mijloace de drept penal, modalitatea prin care se realizează acest lucru este diferită. Spre exemplu, legiuitorul român protejează

⁴³ Spre exemplu: <https://myfuture.edu.au/career-articles/details/5-ways-to-clean-up-your-digital-footprint>; <https://eu.usatoday.com/story/tech/columnist/komando/2017/06/23/how-to-delete-yourself-from-the-internet/102890400/>; <https://www.vox.com/the-highlight/2019/9/11/20859597/internet-privacy-erase-history-google-facebook>; <https://www.inc.com/entrepreneurs-organization/10-ways-to-take-back-your-digital-identity.html>, accesate la 2.02.2022.

⁴⁴ J. McKinley, *How to Delete 99 Percent of Your Digital Footprint, Reader's Digest*, 29 Iulie 2021, <https://www.rd.com/list/how-to-delete-your-digital-footprint/>, accesat la 1.09.2021.

⁴⁵ Pentru mai multe informații a se vedea <https://joindeleteme.com/how-we-work/>, accesat la 1.09.2021.

dreptul la viață prin incriminarea comportamentelor umane care au ca rezultat curmarea vieții: infracțiuni de omor, ucidere din culpă, loviri și vătămări cauzatoare de moarte și alte fapte preterintenționate și nu numai, adică toată gama de infracțiuni contra vieții prevăzute de Codul penal sau care au ca obiect juridic secundar protejarea vieții: art. 188, 189, 192, 195, 199, 200, 202, 205 (4), 218 (4) etc. C.pen.

În ceea ce privește DVV, consider că acest drept este protejat prin normele de incriminare care circumscriu sfera unor infracțiuni informatice prevăzute de art. 360-365 C.pen. Spre exemplu, art. 362 C.pen. - alterarea integrității datelor informatice - modificarea, ștergerea sau alterarea datelor sau restricționarea accesului la acestea; sau art. 363 C.pen.: perturbarea funcționării sistemelor informatice - împiedicarea gravă a sistemului prin modificarea, ștergerea, transmiterea sau alterarea datelor sau restricționarea accesului la acestea. Interzicerea sub sancțiune penală a unor asemenea fapte constituie obligație pentru statele părți semnatare ale Convenției de la Budapesta⁴⁶ privind criminalitatea cibernetică, adoptată în 2001. De asemenea Directiva 2013/40/UE⁴⁷ a Parlamentului European și a Consiliului din 12 august 2013 privind atacurile împotriva sistemelor informaționale și care înlocuiește Decizia-cadru 2005/222/JAI a Consiliului prevede obligativitatea incriminării acestor conduite care pot avea consecințe, între altele, și asupra identității virtuale.

IV. Previziuni

Că relațiile sociale evoluează, nu este nicio îndoială. Că mare parte a interacțiunilor sociale, profesionale și personale au migrat în mediul online, este, de asemenea, o realitate. Că, în desfășurarea acestor relații și interacțiuni online, drepturile și libertățile noastre pot fi afectate, încălcate, nesocotite, este un adevăr. Dreptul nostru la viață, în cea mai simplă formulare, este dreptul nostru la existență fizică, în orice spațiu. Însă, la momentul creionării acestui drept, spațiul virtual era de neconceput. Putem alege, astfel, între următoarele variante:

- a accepta că dreptul la viață virtuală nu este altceva decât o prelungire a dreptului la viață fizică într-un spațiu neconvențional, care determină un alt tip de existență, o existență virtuală, care nu este nici una fictivă și nici una care să implice corpul fizic. E o existență a conștiinței și eului nostru, a tot ceea ce ne definește ca personalitate și temperament, inteligență și cunoștințe, care se manifestă în plan fizic, dar care se pot manifesta în acest spațiu virtual în plenitudinea lor, fără bariere și etichetări.
- a considera dreptul la viață virtuală ca drept distinct de dreptul la viață, un drept nou, apărut din necesitatea participării la viața și relațiile virtuale, căci, da, prezența unei persoane în spațiul virtual nu mai este de mult o alegere care să fie determinată strict de dorința de a ocupa timpul liber, a desfășura hobby-uri sau a interacționa social. A devenit o necesitate prin modul în care s-a orientat evoluția relațiilor profesionale, economice, bancare, educaționale, etc.. Nu există vreun domeniu al vieții sociale care să nu fi fost transpus în mediul online, iar oamenii au fost nevoiți să se adapteze și să accepte tendința ”virtualizării”.

⁴⁶ Ratificată prin Legea nr.64/2004, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 343 din 20.04.2004.

⁴⁷ Directiva 2013/40/JAI privind atacurile împotriva sistemelor informatice, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0040&from=en>, accesat la 2.02.2022.

Așa cum dreptul la viață este considerat ”regele drepturilor”⁴⁸ deoarece nu ne putem imagina exercitarea celorlalte drepturi și libertăți ale omului în plan fizic în absența acestuia, tot astfel și dreptul la viață virtuală ar trebui să fie considerat un drept al tuturor drepturilor virtuale, deja recunoscute sau care sunt în curs de recunoaștere, deoarece nu ne putem imagina exercitarea acestora, inclusiv a dreptului de acces la Internet, în absența recunoașterii unui drept la viață virtuală.

Deoarece actorii sociali efectuează, așa cum am arătat, o mare parte din comportamentele lor online, este evident că acele comportamente ar trebui reglementate corespunzător și supuse principiilor care garantează exercitarea drepturilor și libertăților omului în acest nou mediu provocator – Internetul și spațiul cibernetic.

Papa Benedict al XVI-lea, în Scrisoarea sa enciclică *Caritas in Veritate*, a arătat că omenirea traversează o criză morală, filozofică și juridică, umanitatea luptându-se să recunoască adevărurile umane fundamentale: „Criza actuală ne obligă să ne replanificăm călătoria, [...] să descoperim noi forme de angajament, să construim experiențe pozitive și să le respingem pe cele negative. Criza devine astfel o oportunitate prin care, cu discernământ, putem să conturăm o nouă viziune pentru viitor”⁴⁹. În ceea ce privește cuvintele Papei Benedict, doctrina a arătat că, în ultimele decenii am fost martorii nașterii categoriei așa-numitelor „noi drepturi”, care rezultă dintr-o abordare teoretică ce fragmentează ființa umană și promovează un concept selectiv și adesea conflictual al libertății individuale⁵⁰.

Nașterea categoriei așa-numitelor „noi drepturi”, datorită transformărilor dramatice ale societății noastre și, în parte, datorită mișcării relațiilor sociale în mediul virtual, este o realitate. Dacă drepturile și libertățile ”tradiționale” ale omului nu ar putea fi adaptate spațiului virtual, avem nevoie de noi drepturi – drepturi virtuale - care ar putea garanta siguranța și demnitatea existenței noastre virtuale.

În acest nou context futurist, recunoașterea dreptului la viața virtuală devine necesară și firească, chiar dacă cele două existențe ale ființei umane – fizică și virtuală - nu pot fi separate complet, ele interferând natural și fundamentându-se una pe cealaltă.

Referințe bibliografice

1. Brubaker, J.R., *I am an ID: Non/persisting our sociotechnical digital identities*. Teză de dizertație, Georgetown University, Washington D.C., 2009.
2. Brubaker, J.R., Vertesi, J., *Death and the Social Network*, <http://www.dgp.toronto.edu/~mikem/hcieol/subs/brubaker.pdf>, accesat la 1.09.2021.
3. Comitetul pentru Drepturile Omului (*Human Rights Committee*), Comentariu general nr. 36(2018) asupra art. 6 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice, referitor la dreptul la viață (*General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*), CCPR/C/GC/36, 30 Octombrie 2018.

⁴⁸ Titulatura acordată dreptului la viață de Curtea Constituțională a României prin decizia CCR nr. 511/2013, publicată în Monitorul Oficial nr. 75 din 30 ianuarie 2014.

⁴⁹ Papa Benedict XVI, Scrisoarea Enciclică *Caritas in Veritate*, par. 21, https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/en/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html, accesat la 1.09.2021.

⁵⁰ I. Jurkovic, Editorial, Right to Life and Human Dignity, 70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, Geneva 2018, p. 5, https://christusliber.org/journal/wp-content/uploads/2018/11/Right-to-Life-3-Dec-18_web.pdf, accesat la 1.09.2021.

4. Consiliul Europei, *Ghid cu privire la Drepturile Omului pentru Utilizatorii de Internet*, Recomandarea CM/Rec(2014)6 și Memorandumul explicativ al Comitetului de Miniștri către Statele Membre cu privire la un Ghid pentru Drepturile omului pentru utilizatorii de Internet, <https://rm.coe.int/16804d5b31>, accesat la 1.09.2021.
5. Consiliul Europei, Guvernarea Internetului – *Strategia Consiliului Europei 2016-2019 - Democrație, drepturile omului și statul de drept în lumea digitală (Internet Governance – Council of Europe Strategy 2016-2019 - Democracy, human rights and the rule of law in the digital world)*, adoptată la cea de-a 1252-a reuniune a Comitetului Miniștrilor de la 30 martie 2016; Strategia de guvernare a internetului 2016-2019/ Glosar de termeni (*Internet Governance Strategy 2016-2019/ Glossary of Terms*), p. 17, 21, <https://rm.coe.int/internet-governance-strategy-2016-2019-updated-version-06-mar-2018/1680790ebe>, accesat la 1.09.2021.
6. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, www.echr.coe.int.
7. Deh, D., Glodović, D., *The Construction of Identity in Digital Space*, AM Journal of Art and Media Studies nr. 16 , 2018), p. 101–111. Doi: 10.25038/am.v0i16.257.
8. Directiva 2013/40/JAI privind atacurile împotriva sistemelor informatice, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0040&from=en>, accesat la 2.02.2022.
9. <http://internetrightsandprinciples.org>, accesat la 1.09.2021.
10. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, accesat la 1.09.2021.
11. <https://archive.org/about/> accesat la 1.09.2021.
12. <https://docs.evolveum.com/glossary/iso24760/>, accesat la 10.01.2022.
13. <https://eu.usatoday.com/story/tech/columnist/komando/2017/06/23/how-to-delete-yourself-from-the-internet/102890400/> accesat la 1.09.2021.
14. <https://joindeleteme.com/how-we-work/>, accesat la 1.09.2021.
15. <https://myfuture.edu.au/career-articles/details/5-ways-to-clean-up-your-digital-footprint>, accesat la 1.09.2021.
16. <https://www.cloudflare.com/learning/bots/what-is-a-bot/>, accesat la 1.09.2021.
17. <https://www.inc.com/entrepreneurs-organization/10-ways-to-take-back-your-digital-identity.html>, accesat la 1.09.2021.
18. <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/what-is-an-ip-address>, accesat la 1.09.2021.
19. <https://www.rd.com/list/how-to-delete-your-digital-footprint/>, accesat la 1.09.2021.
20. Jurkovic, I., *Editorial*, Right to Life and Human Dignity, 70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, Geneva 2018, https://christusliberat.org/journal/wp-content/uploads/2018/11/Right-to-Life-3-Dec-18_web.pdf, accesat la 1.09.2021.
21. Lessig, L., *Code. Version 2.0*, Basic Books New York, 2006.
22. McKinley, J., *How to Delete 99 Percent of Your Digital Footprint*, Reader's Digest, 29 Iulie 2021.
23. Ohlheiser, A., *Erasing yourself from the Internet is nearly impossible. But*

- here's how you can try*, The Washington Post, 10 Februarie 2017, <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2017/02/10/erasing-yourself-from-the-internet-is-nearly-impossible-but-heres-how-you-can-try/>, accesat la 1.09.2021.
24. Papa Benedict XVI, Scrisoarea Enciclică *Caritas in Veritate*, https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/en/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html, accesat la 1.09.2021.
25. Pavlović, Z., Paunović, N., *Protection of Children from Sexual Abuse and Exploitation in International, European and National Legal Framework*, în Z. Pavlović (ed.), *Yearbook. Human Rights Protection. The Right to Dignity*, No. 3, Novi Sad, 2020.
26. Pupinnck, G., *The Dignity (and Indignity) of Human Life in International Law*, în *Right to Life and Human Dignity, 70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Geneva 2018, https://christusliberat.org/journal/wp-content/uploads/2018/11/Right-to-Life-3-Dec-18_web.pdf, accesat la 1.09.2021.
27. Rannenberg, K., Royer, D., Deuker, A., *The Future of Identity in the Information Society*, 2009, DOI: 10.1007/978-3-642-01820-6.
28. Reisoğlu, S., *Right to Life*, Journal of International Affairs, December 1998 – Februarie 1999, Vol. III, Nr. 4, <http://sam.gov.tr/pdf/perceptions/Volume-III/december%201998-february%201999/SafaReisoglu.pdf>, accesat la 1.09.2021.
29. Stănilă, L.M., *Provocările bioeticii și răspunderea penală*, Universul Juridic, București, 2015.
30. Stefik, M., *The Internet Edge: Social, Technical and Legal Challenges for a Networked World*, Cambridge: MIT Press, 1999.
31. Stojšić Dabetić, J., *Human Dignity in the Face of Usage of Digital Technology*, în Z. Pavlović (ed.), *Yearbook. Human Rights Protection. The Right to Dignity*, Nr. 3, Novi Sad, 2020.
32. The WALRUS, *What Happens to Your Social Media Accounts after You Die*, 4 Iunie 2021, <https://thewalrus.ca/death-what-happens-to-your-social-media-accounts-after-you-die/>, accesat la 2.09.2021.

LES MOTIFS DE RÉVISION DE L'ARRÊT DÉFINITIF, EN PARTICULIER LA DÉCISION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

THE GROUNDS FOR REVISION OF THE FINAL JUDGMENT, IN PARTICULAR THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Andrea Noémi TÓTH¹

Abstract:

Le Code de procédure pénale énumère les motifs de révision, qui ne peuvent être étendus ou interprétés de manière large. Je voudrais résumer brièvement les motifs de révision des jugements définitifs dans les procédures pénales et, dans ce contexte, je voudrais mentionner brièvement la décision de la Cour constitutionnelle comme base de révision. La Cour constitutionnelle est l'organe suprême de protection de la Loi fondamentale en vertu de la Loi fondamentale, mais elle ne fait pas partie du système judiciaire ordinaire. Toutefois, ses décisions ont une influence sur la jurisprudence du système d'organisation ordinaire, y compris la Curia.

Mots de clés: la Cour constitutionnelle; la Curia en Hongrie; la révision du jugement

Abstract:

The Code of Criminal Procedure lists the grounds for review, which cannot be extended or interpreted broadly. I would like to briefly summarize the grounds for revision of final judgments in criminal proceedings and, in this context, I would like to briefly mention the decision of the Constitutional Court as a basis for revision. The Constitutional Court is the supreme body for the protection of the Basic Law under the Basic Law, but it is not part of the ordinary judicial system. However, its decisions influence the jurisprudence of the ordinary organizational system, including the Curia.

Keywords: Constitutional Court; Curia in Hungary; revision of the judgment

Introduction

En Hongrie, selon la loi Loi fondamentale, l'organisation judiciaire est constituée de plusieurs niveaux, l'organe judiciaire suprême est la Curia.² La Curia statue en matière pénale, sur les litiges de droit privé, sur la légalité des décisions administratives, sur la violation d'une règle juridique par les décrets des collectivités locales et sur l'annulation de ceux-ci, sur la constatation d'un manquement d'une collectivité locale à son obligation imposée par la loi de légiférer et elle assure l'uniformité de la jurisprudence des tribunaux et prend des décisions d'uniformité de jurisprudence qui s'imposent aux tribunaux.³ Pour accomplir son devoir, en matières pénales, la Curia statue la révision du jugement définitif aussi. Les motifs de la révision sont énuméré par la loi de procédure pénale et ils sont stricts, on ne peut pas leur donner de l'extension. Je voudrais donner un petit résumé des motifs de la révision du jugement définitif dans la procédure pénale et dans ce cadre,

¹ Département de la Procédure Pénale, Université de Debrecen Faculté du Droit, Debrecen, Hongrie

² La Loi fondamentale Article 25 (1).

³ La Loi fondamentale Article 25 (3).

je voudrais parler en peu de paroles de la décision de la Cour constitutionnelle, comme la base de la révision.

I. Les motifs de la révision du jugement

En Hongrie, on a plusieurs possibilités de corriger les fautes d'un jugement définitif, après la procédure pénale, on connaît : la réouverture de la procédure, la révision (qui est mon sujet maintenant), le recours constitutionnel, la procédure d'unité de jurisprudence, le recours de légalité, la révision simplifiée (il n'y a aucun rapport entre cette institution juridique et la révision, qui est mon sujet), le recours d'unité de jurisprudence. Ce sont les recours extraordinaires, parce qu'on peut appliquer après la décision sans appel, alors, la décision devient définitive. Les recours extraordinaires, ils se complètent, parce que leurs motifs sont différents. Parmi ces possibilités, une des plus importantes est *la révision du jugement définitif, qui sert au contrôle et à la correction d'une faute juridique*. C'est toujours la Curia qui procède, parce qu'on peut parler d'une faute juridique grave et en conséquence, on doit s'adresser à la plus haute instance, qui s'appelle « Kúria » en Hongrie .

Il y a cinq groupes des motifs⁴ de la révision du jugement définitif dans la procédure pénale : On peut se référer à une faute du droit pénal, à une faute de la procédure pénale, à la décision de la Cour constitutionnelle et à la décision d'un organe international, et ensuite, la dérogation accordée en vertu de la décision de la Curia, qui est publiée dans la Collecte des décisions des tribunaux.

Selon le code procédure pénale⁵, la Cour suprême soumet toujours à l'examen des motifs de la procédure pénale : on peut souligner que ce groupe des motifs est le plus important. Si l'on ne trouve pas aucune irrégularité, elle examine le motif nommé par la demande. Alors, on ne doit pas se référer au motif d'une faute de la procédure pénale, la Cour suprême toujours examine la possibilité de cette faute.

C'est important que la base de la procédure de la révision sont les faits de la décision définitive. Il est interdit d'attaquer les faits de la décision. Si cette décision est non-fondée, elle est obligatoire en ce cas aussi, la Cour suprême ne peut pas ni corriger ni rectifier. Si elle ne peut pas rendre une décision du dossier, elle a une seule solution dans ce cas : rendre un arrêt infirmatif du jugement et donner des instructions à une nouvelle procédure.⁶

Dans la loi qui traite de la procédure pénale, le premier motif est *l'irrégularité de l'application du droit pénal*. Selon le code de la procédure pénale, l'irrégularité du droit pénal, *en premier cas*, est la culpabilité ou l'acquittement du prévenu, soins contraints du prévenu, l'arrêt des poursuites judiciaires est passé avec l'infraction des règles du droit pénal. *Deuxième cas*, une qualification d'une infraction qui est attentatoire à la loi, le tribunal a prononcé de la peine ou une mesure, qui est aussi attentatoire à la loi elles-mêmes. On doit souligner que la Cour suprême ne peut pas modifier uniquement la peine ou la mesure de la décision définitive, si la qualification est légale. Si elle corrige la qualification de l'infraction, elle peut prononcer de la peine ou la mesure légale. Mais,

⁴ L'article 648 de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

⁵ L'article 659 (6) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

⁶ L'article 663 (1) b) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

dans la demande, on ne peut pas attaquer la peine ou la mesure de la décision définitive. *Troisième cas*, la suspension de l'exécution des peines est attentatoire à la loi.⁷

La demande de révision peut alléguer *une erreur de droit de procédure pénale*. Les motifs peuvent être l'incompétence des juridictions nationales, l'absence de fondement de la procédure (par exemple, une poursuite privée, une dénonciation, une déclaration du procureur), un acte d'accusation illégal, une irrégularité grave dans la procédure, une irrégularité dans l'interdiction des circonstances aggravantes ou une décision prise en violation d'une immunité fondée sur une règle de spécialité, d'une immunité fondée sur une immunité statutaire ou d'une immunité fondée sur le droit international.⁸

On doit souligner : la Curia examine toujours, en tout cas ces motifs de l'irrégularité de la procédure, parce que ce sont les plus importantes motifs dans la révision. Si elle trouve une faute, elle n'examine plus les motifs nommés par la demande de la révision. Il faut corriger la faute de la procédure, c'est une obligation prioritaire. Ensuite, les fautes de la procédure pénale, n'ont pas d'orientation : on ne peut pas prendre en considération ni pour ou ni contre le prévenu.

Comme la motif quatrième, *la décision de la Cour constitutionnelle* peut créer la base de la révision, j'explique dans la chapitre suivant.

En outre, le cinquième groupe de motifs est *une décision d'un organisme international*. La Hongrie doit respecter la juridiction de l'organisme international, et par un traité international, la Hongrie se soumet aux décisions de l'organisme international. Si cet organe constate que la Hongrie a violé le traité international par la procédure ou la décision. Si l'organisme constate que le délai raisonnable n'a pas été respecté, il n'est pas possible de demander une révision de la procédure, car cela augmenterait la durée de la procédure. La décision d'un organe des droits de l'homme établi par un traité international est également susceptible de révision si l'organe des droits de l'homme établi par le traité international a constaté une violation d'une disposition du traité international qui constitue une violation de procédure qui n'est pas susceptible de révision en vertu de la présente loi, mais seulement d'appel.⁹

La décision d'un organe des droits de l'homme établi par un traité international est invoquée par le Procureur général pour engager une procédure de révision devant la Curia.¹⁰

Pour un jugement définitif rendu à partir du 1er juillet 2020, *en cas de déviation d'une décision publiée dans le Recueil des décisions judiciaires de la Curia*, un recours en révision peut être déposé si la déviation a entraîné une violation des règles du droit pénal matériel ou une violation de la procédure.¹¹

II. La décision de la Cour constitutionnelle comme motif de révision

Le motif de la révision peut être la décision de la Cour constitutionnelle. En Hongrie, la Cour constitutionnelle est l'organe suprême de protection de la Loi fondamentale.¹²

La Cour constitutionnelle est composée de quinze membres élus pour une durée de douze ans par l'Assemblée nationale, par les voix des deux tiers des députés à l'Assemblée

⁷ L'article 649 (1) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

⁸ L'article 649 (2) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

⁹ L'article 649 (4)-(5) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

¹⁰ L'article 651 (3) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

¹¹ L'article 649 (6) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

¹² La Loi fondamentale Article 24 (1).

nationale. L'Assemblée nationale élit, par les voix des deux tiers des députés à l'Assemblée nationale, le Président de la Cour constitutionnelle parmi les membres de celle-ci ; le mandat du Président dure jusqu'à l'expiration de son mandat en tant que juge constitutionnel. Les membres de la Cour constitutionnelle ne peuvent être membres d'aucun parti politique et ne peuvent exercer aucune activité politique.¹³

Parmi ses autres tâches,¹⁴ la Cour constitutionnelle révisé sur la base d'un recours constitutionnel, la conformité avec la Loi fondamentale des décisions judiciaires.¹⁵ Dans le cadre de cette compétence, elle annule toute décision judiciaire contraire à la Loi fondamentale.¹⁶

Dans ce rôle, la Cour constitutionnelle a plusieurs tâches : elle vérifie et examine la conformité des lois avec la Loi fondamentale et, ce qui est important pour mon étude, elle examine la plainte constitutionnelle et annule la décision judiciaire qui est contraire à la Loi fondamentale. La personne ou l'organe individuellement concerné peut introduire une plainte constitutionnelle auprès de la Cour constitutionnelle. Elle peut annuler une décision de n'importe quelle juridiction, y compris la Curia.

La Cour constitutionnelle ordonne le réexamen des procédures pénales closes par une décision définitive d'un tribunal ou par une ordonnance non définitive d'un tribunal ou par une décision d'un parquet ou d'une autorité d'enquête mettant fin à une procédure qui ne peut être contestée par une autre voie de droit, ainsi que des procédures pour délits closes par une décision définitive, sur la base de l'application d'une loi contraire à la Loi fondamentale, si la nullité de la loi ou de la disposition légale appliquée dans la procédure entraîne une réduction ou une omission de la peine ou de la mesure, ou une exonération ou une limitation de la responsabilité pénale ou administrative.¹⁷

Conformément à la décision de la Cour constitutionnelle, une révision est possible, sous réserve que d'autres conditions soient remplies, si la responsabilité pénale de l'accusé a été établie, la peine imposée ou la mesure appliquée sur la base d'une loi pénale matérielle dont l'inconstitutionnalité a été établie par la Cour constitutionnelle et que la révision de la procédure pénale conclue par une décision définitive a été ordonnée.¹⁸

Selon la décision 2/2016. (II. 8.) de la Cour constitutionnelle, constatant l'inconstitutionnalité de la décision de la Chambre administrative de la Curia, l'a annulée et a ordonné la révision de la procédure pénale engagée en vertu de la décision annulée de la Chambre administrative. Dans ce cas, il n'y a pas eu de violation d'une loi pénale substantielle, la base pour ordonner une révision est l'article 649 (3) de la loi qui traite de la procédure pénale, qui n'exige pas une violation d'une loi pénale substantielle.

¹³ La Loi fondamentale Article 24 (8).

¹⁴ La Cour constitutionnelle a) examine la conformité avec la Loi fondamentale des lois adoptées mais pas encore promulguées ; b) révisé avec priorité mais au plus tard dans un délai de quatre-vingt-dix jours, à l'initiative d'un juge, la conformité avec la Loi fondamentale d'une règle juridique à appliquer dans une affaire spécifique ; c) révisé, sur la base d'un recours constitutionnel, la conformité avec la Loi fondamentale d'une règle juridique appliquée dans une affaire spécifique ; e) révisé, à l'initiative du Gouvernement, d'un quart des députés à l'Assemblée nationale, du Président de la Curia, du Procureur général ou du Commissaire aux droits fondamentaux, la conformité avec la Loi fondamentale des règles juridiques ; f) examine les règles juridiques sous l'angle d'une violation des traités internationaux ; g) exerce d'autres attributions et compétences prévues par la Loi fondamentale et par une loi organique. La Loi fondamentale Article 24 (2).

¹⁵ La Loi fondamentale Article 24 (2) d).

¹⁶ La Loi fondamentale Article 24 (3) b).

¹⁷ L'article 24 (6) de la loi n° CLI de 2011 qui traite de la Cour constitutionnelle.

¹⁸ Décision de la Cour Suprême 2005.11.387.

Les règles de la loi sur la procédure pénale et les délits s'appliquent à la révision.¹⁹ Selon la code de la procédure pénale, le Procureur général présente d'office la demande de révision.²⁰ La requête d'office du Procureur général ne prive cependant pas les ayants droit de la loi²¹ du droit d'introduire un recours en révision : Chaque titulaire de droit ne peut soumettre une requête de révision qu'une seule fois, à moins que la soumission d'une nouvelle requête de révision ne soit fondée sur une décision de la Cour constitutionnelle ou d'un organisme de défense des droits de l'homme établi par un traité international.²²

Les règles de déroulement de la procédure de révision sont les mêmes pour tous les motifs. Dans la procédure de révision délibère trois juges professionnels lors d'une réunion du conseil ou en séance publique. Si le réexamen porte sur une décision de la Curia, la pétition est entendue par un collège de cinq juges professionnels, à l'exception des pétitions émanant de personnes n'ayant pas le droit d'être entendues ou des pétitions hors délai, qui sont exclues par la loi.²³ La demande de révision doit être examinée en ignorant la loi inconstitutionnelle ou en se référant à la décision de la Cour constitutionnelle.²⁴

Si les motifs de révision sont établis, la Curia elle-même rendra une décision conforme à la loi, si les documents le permettent ou elle confirme la décision contestée par la demande de révision par une ordonnance non susceptible de recours si la demande de révision n'est pas acceptée.²⁵

Sommaire

Il est important, qu'on protège la force juridique et on ne peut pas changer sans base juridique.²⁶ Les recours extraordinaires et leurs motifs sont également définis par la loi et ne peuvent être étendus. L'un des motifs de la révision est la décision de la Cour constitutionnelle. Elle ne fait pas partie du système judiciaire ordinaire, mais son rôle dans l'administration de la justice est indéniable. La Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler la pratique du pouvoir judiciaire, mais l'issue des plaintes constitutionnelles a un impact sur la pratique des tribunaux ordinaires, y compris la Curia,²⁷ parce qu'elle peut statuer la révision du jugement définitif aussi.

Bibliographie

- La Loi fondamentale de la Hongrie.
- La loi n° XC. de 2017 qui traite de la procédure pénale.

¹⁹ L'article 24 (7) de la loi n° CLI de 2011 qui traite de la Cour constitutionnelle.

²⁰ L'article 651 (3) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

²¹ Le condamné, l'avocat de la défense, le représentant légal de la personne condamnée, le conjoint ou le partenaire du condamné contre l'imposition d'un traitement obligatoire et après le décès de la personne condamnée, son parent direct, son frère ou sa sœur, son époux ou son conjoint de fait ou, si plus de 50 ans se sont écoulés depuis le décès de l'inculpé, son parent collatéral. L'article 651 (1) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

²² L'article 652 (6) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

²³ L'article 655 (1)-(2) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

²⁴ L'article 659 (3) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

²⁵ L'article 662 (1)-(2) de la loi n° XC de 2017 qui traite de la procédure pénale.

²⁶ Elek Balázs: *A jogerő a büntetőeljárásban*, Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar Büntető Eljárásjogi Tanszéke, Debrecen, 2012, 254.

²⁷ Fekete Kristóf Benedek: *Az alkotmányjogi panasz perjogi vonzatai, eredményeinek hatása a bírósági jogalkalmazásra*, JURA, 2021/3, 19.

- La loi n° CLI de 2011 qui traite de la Cour constitutionnelle.
- Büntetőeljárás jog I-II. - új Be. - Kommentár a gyakorlat számára, frissítve: 2021. november 30.
- Elek Balázs: *A jogerő a büntetőeljárásban*, Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar Büntető Eljárásjogi Tanszéke, Debrecen, 2012.
- Fekete Kristóf Benedek: *Az alkotmányjogi panasz perjogi vonzatai, eredményeinek hatása a bírósági jogalkalmazásra*, JURA, 2021/3, 5-31.
- La décision 2/2016. (II. 8.) de la Cour constitutionnelle.
- Décision de la Cour Suprême 2005.11.387.

VALENȚE ALE DREPTULUI EUROPEAN ÎN DREPTUL FUNCȚIEI PUBLICE ÎN ROMÂNIA

VALENCES OF EUROPEAN LAW IN CIVIL SERVICE LAW IN ROMANIA

Verginia VEDINAȘ¹, Teodor GODEANU²

Abstract

Prezentul studiu își propune să identifice unele componente ale dreptului Uniunii Europene în reglementarea statutului juridic al funcției publice în România.

Contextul abordării vizează și celelalte categorii de personal care își desfășoară activitatea în sectorul public, Codul administrativ consacrând reglementări care se aplică, în egală măsură, și personalului contractual din cadrul autorităților și instituțiilor publice.

Cuvinte cheie: *dreptul Uniunii Europene, drept notarial, funcționar public, statut, personal contractual.*

Summary

This study aims to identify part of the European law components regarding the regulations of the legal status of public service in Romania.

This context of approach covers also other categories of staff working in the public sector, the Administrative Code enshrining regulations that applies equally to the contractual staff within authorities and public institutions.

Key words: *European Law, notarial law, public servant, status, contractual staff*

I. Considerații generale

Instituția funcționarului public a reprezentat, de-a lungul timpului una din categoriile juridice care „*au creat istorie*” sub aspectul legiferării și al practicii administrative și juridice și a reprezentat „miezul” unor dezbateri doctrinare permanente și credem noi, perpetue între specialiștii în drept public și cei care au cercetat dreptul privat al muncii.

Explicația acestor dezbateri și dispute se regăsește în specificul regulilor juridice aplicabile funcționarilor publici, care s-au aflat în permanență la interferența dintre dreptul administrativ și dreptul muncii.

Apartenența la dreptul administrativ a fost asumată încă de la începutul conturării acestei ramuri de drept, invocată în lucrările elaborate la sfârșitul secolului al XIX, ca aparținând dreptului public, unde, printre instituțiile supuse analizei, s-a aflat, invariabil, și funcționarul public.³ Doctrina interbelică a fost și ea preocupată de această categorie profesională, art. 8 al Constituției din 1923⁴ trimitea la un stat al funcționarilor publici, iar în același an s-a adoptat o reglementare cadru privind Statutul funcționarului public.⁵

¹ Prof. univ.dr., Universitatea din București, Facultatea de Drept

² Conf.univ.dr., Universitatea „Spiru Haret”

³ Avem în vedere Cursul de drept public al C.G.Dissescu, apărut în anul 1890-1891, Stabilimentul V. Socecu, București.

⁴ Constituția din 1923 a fost publicată în M/. Of. nr. 282/29 03 2023

⁵ Este vorba despre prima lege care a reglementat statutul funcționarilor publici, adoptată în baza art. 8 din Constituția din 1923, promulgată de Regele Ferdinand la 15 iunie 1923, urmată de aprobarea, prin Decretul

S-a elaborat chiar un Cod al funcționarilor publici, prin care s-a urmărit unificarea legislației aplicabile funcționarilor publici, contradictorie, greoaie prin modul de aplicare și interpretare.⁶

După o perioadă în care această instituție s-a aflat într-un soi de penumbra, ea a început să „radieze”, la început cu curaj, în contextul în care Constituția României, încă din prima sa formă⁷, a rezervat domeniului de reglementare a legilor organice materia funcționarilor publici, soluție menținută și de actualul art. 73 alin. (3) lit. j) al Constituției revizuite⁸. Ulterior, „curajul” s-a cam „estompat”, dat fiind faptul că s-a amânat aproape un deceniu adoptarea legii organice privind Statutul funcționarilor publici, până când, la sfârșitul deceniului al IX-lea, al secolului trecut a fost adoptată Legea nr. 188/1999⁹, care a suferit numeroase modificări și completări, unele cu caracter drastic, cum ar fi cea realizată prin Legea nr. 161/2003¹⁰, pentru ca ultima republicare a sa să se realizeze în anul 2006¹¹. Trebuie să recunoaștem însă că acest statut a fost unul dintre cele mai complexe acte normative în domeniu, instituind reguli pentru accesul la funcția publică și derularea carierei pe baze meritocratice,¹² reguli care, din păcate, cum se întâmplă prea adeseori, au fost trădate prin practici care le-au afectat sensul și semnificațiile și le-au transformat în contrariul lor.

Ultima etapă în evoluția normativă a acestei instituții este reprezentată de Codul administrativ, adoptat prin OUG nr. 57/2019, cu modificările și completările ulterioare¹³.

II. Cadrul normativ actual

În prezent, legislația aplicabilă funcționarilor publici, dar și cea existentă privind personalul bugetar din sectorul public, a fost încorporată în conținutul Codului administrativ. Este vorba, în ceea ce privește funcționarii publici, de Legea nr. 188/1999 anterior menționată și de Legea nr. 7/2004 privind Codul de Conduită a funcționarilor publici¹⁴, iar referitor la personalul contractual, Codul a abrogat și încorporat Legea nr. 477/2004 privind Codul de conduită a personalului contractual din autoritățile și instituțiile publice¹⁵ și OG nr. 32/1998 privind organizarea cabinetului demnitarului din administrația publică centrală¹⁶.

nr. 5506/23 noiembrie 1923, a Regulamentului de punere în aplicare a ei, ambele reglementări intrând în vigoare la 1 ianuarie 1924.

⁶ Codul funcționarilor publici (Carol al II-lea) a fost aprobat prin Decretul -Lege nr. 1904 din 7 iulie 1940, publicat în M. Of. nr. 181/8 iunie 1940.

⁷ Constituția României a fost publicată în M. Of. nr. 233 din 21 noiembrie 1991.

⁸ Constituția României a fost revizuită prin Legea nr. 429/2003, publicată în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003 și republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

⁹ Legea nr. 188/1999 a fost publicată la început în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 600 din 8 decembrie 1999, iar ultima republicare a fost în Monitorul Oficial al României nr. 365 din 29 mai 2007.

¹⁰ Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 279 din 21 aprilie 2003.

¹¹ Este vorba despre Legea nr. 251/2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 574 din 4 iulie 2006, dându-se textelor o nouă numerotare.

¹² Irina Alexe, *Funcția publică în România centenară*, în Daniel Șerban, Irina Alexe, Raul Felix Hodoș, Sergiu Golub (coord.), *100 de ani de drept în România*, Ed. Hamangiu 2018, pp. 12-29.

¹³ OUG nr. 57/2019 a fost publicată în M. Of. nr. 555 din 5 iulie 2019.

¹⁴ Republicată în M. Of. nr. 525 din 2 august 2007.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 1105 din 26 noiembrie 2004.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 42 din 30 ianuarie 1998, aprobată cu modificări prin Legea nr. 760/2001, cu modificările și completările ulterioare.

Un prim aspect pe care dorim să-l semnalăm vizează însăși filozofia actului normativ în ceea ce privește alcătuirea părții a VI-a a Codului administrativ. Astfel, acesta abandonează viziunea clasică, în care reglementări de sine stătătoare s-au adoptat numai în ceea ce privește statutul funcționarului public, lăsând legislației muncii reglementarea personalului contractual din administrație.

În acest context, semnalăm faptul că denumirea părții a VI-a este aceea de „*Statutul funcționarilor publici, prevederi aplicabile personalului contractual din administrația publică și evidența personalului plătit din fonduri publice*”.

Constatăm că, după ce în prima parte sunt identificate cele două categorii distincte, respectiv funcționarii publici și personalul contractual, ultima parte a denumirii reunește cele două categorii prin sintagma „*personalul plătit din fonduri publice*.”

Prin denumirea titlului, ca și prin conținutul său, se relevă viziunea integratoare a Codului administrativ, sub aspectul reglementării, a întregului personal din administrația publică, indiferent de situația juridică în care se află.

Nu este vorba despre reglementarea tuturor aspectelor, ci doar a unora dintre ele, care reprezintă ceea ce am putea numi „apropierea” sau „elementele comune” ale personalului contractual cu funcționarul public.

III. Influența dreptului european asupra dreptului funcției publice, în reglementarea Codului administrativ.

Vom identifica, în cele ce urmează, câteva din dimensiunile statutului funcționarilor publici, astfel cum este acesta consacrat de Codul administrativ, din conținutul cărora se desprind elemente ale dreptului Uniunii Europene. Nu avem pretenția că reușim să acoperim toate aspectele care pot fi avute în vedere, problema putând face, în opinia noastră, obiectul unei cercetări mai ample, inclusiv la nivelul unor studii doctorale.

1. Regimul raporturilor de serviciu.

Ca regulă, raportul de serviciu al funcționarului public se exercită pe o perioadă nedeterminată. Aceasta este regula, de la care există și o excepție, aceea a derulării raportului de serviciu pe o perioadă determinată. Caracterul de excepție de la regulă rezultă din faptul că prin art. 375 alin. (1) se reglementează expres și limitativ care sunt situațiile în care raportul de serviciu se încheie pe o perioadă determinată. Consacrarea acestei reguli și excepții este de natură să protejeze cariera funcționarului public, stabilitatea în funcții a acestuia, ideea de profesionalism în acest domeniu, dar, în ultimă instanță, și interesul autorității sau instituției publice, care, evident, are nevoie de continuitate în serviciu public și în exercițiul funcției publice.

Un aspect de noutate pe care îl aduce Codul administrativ reprezintă posibilitatea ca exercitarea unei funcții publice să se facă și cu durată redusă a timpului de muncă la jumătate de normă, caz în care raportul de serviciu este denumit *raport de serviciu cu timp parțial*. El reprezintă excepția consacrată de art. 378, față de regula reprezentată de *serviciu cu durată normală*, prevăzută de art. 377.

O asemenea posibilitate, care se regăsește și la salariați, este consacrată și în dreptul Uniunii Europene, în care funcționarii din structurile europene pot să-și desfășoare activitatea cu timp parțial. Trei sunt situațiile în care Codul administrativ recunoaște o asemenea posibilitate, respectiv pentru funcțiile de execuție, din motive familiale sau personale

temeinice, în cazul unei decizii medicale asupra capacității de muncă precum și în cazul menținerii în activitate două persoane, a funcționarului public.

2. Recrutarea funcționarilor publici

Reprezintă, în mod neîndoiește cel mai important moment, care influențează calitatea corpului de funcționari publici. Cine pătrunde în acest corp prin procedura recrutării, de regulă, rămâne, situațiile în care nu se promovează perioada de stagiul sau încetează raporturile de serviciu în urma evaluării, a unor forme de eliberare sau sancționare reprezentând situații rare, care nu influențează cantitativ, de o manieră semnificativă componența corpului de funcționari publici.

De aceea, modul în care sunt recrutați funcționarii publici a preocupat întotdeauna factorii de decizie și legiuitorul dintr-un stat.

În lume și în istorie s-au proiectat mai multe sisteme de recrutare a funcționarilor publici. Între acestea, ceea ce rămâne a reprezenta regula este, neîndoiește, concursul, calificat a fi „dreptul comun” în materia funcției publice.

O asemenea procedură a fost consacrată în mod tradițional în legislația românească iar după 1990, în fosta Lege nr. 188/1999, în prezent abrogată¹⁷. De altfel, pentru întregul sector public, regula o reprezintă recrutarea prin concurs sau examen, indiferent că vorbim despre funcții contractuale sau publice.

Procedura concursului este în mod firesc menținută și prin Codul administrativ, cu precizarea că acesta deosebește în ceea ce privește forma de organizare și desfășurare a concursului, după cum ne raportăm la funcțiile publice de stat și teritoriale, prevăzute la art. 285 alin. (1) și (2) ale Codului, pe de o parte, și funcțiile publice din administrația publică locală, prevăzute la alin. (3) al art. 385, pe de altă parte.

Astfel, pentru funcțiile publice de stat și teritoriale, concursul pentru ocuparea unei funcții publice se derulează în două etape. *Prima* este etapa de recrutare, care constă în verificarea cunoștințelor generale și competențelor generale necesare unei funcții publice și se realizează prin concurs național. Cea *de-a doua* este etapa de selecție, care constă în verificarea cunoștințelor și competențelor specifice necesare ocupării unei funcții publice vacante, care se realizează prin concurs pe post. Precizăm că persoanele care promovează concursul național nu devin funcționari publici. Prin promovarea concursului național, persoanele selectate în urma lui dobândesc dreptul de a participa la un concurs pe post, pe care îl pot exercita pe o perioadă de maxim 3 ani de la data promovării concursului național.

Organizarea concursurilor naționale se face în baza unui plan de recrutare a funcționarilor publici, care se elaborează de către Agenția Națională a Funcționarilor Publici, prin care se previzionează, pentru o perioadă de maximum 3 ani, necesarul de resurse umane din funcția publică de la nivelul autorităților și instituțiilor publice în cadrul cărora sunt stabilite funcțiile publice de stat și teritoriale, care se supune spre aprobare Guvernului. Sunt exceptate funcțiile care beneficiază de statute speciale.

O asemenea procedură este întâlnită și în alte state, cum ar fi Italia, Belgia, Luxemburg, și este practică și la nivelul Uniunii Europene, iar persoanele astfel recrutate sunt înscrise pe niște liste speciale, de rezervă, de unde urmează să fie numite pe anumite posturi, liste care nu sunt însă valabile pe timp nelimitat. Iar caracterul limitat al valabilității acestor liste este

¹⁷ Abrogarea s-a dispus prin art. 597 alin. (2) lit. b) din Codul administrativ, fiind exceptate unele articole ale legii.

determinat de faptul că exigențele funcției publice sunt în continuă modificare, iar o persoană care a fost considerată capabilă să ocupe o funcție publică la un moment dat, poate deveni în timp, inaptă pentru un anumit tip de cerințe.¹⁸

Avantajele unui asemenea sistem pot fi identificate în a flexibiliza procedura de recrutare, în sensul în care posturile vacante să fie ocupate cu o anumită operativitate, în contextul în care procedura organizării concursului pe post anticipăm că va fi mult simplificată, termenele reduse, astfel încât să nu se creeze sincope în ocuparea funcțiilor publice din cadrul autorităților și instituțiilor publice. Pentru punerea în aplicare a prevederilor art. 467 privind concursul național, prin art. 619 din Codul administrativ s-a prevăzut instituirea, în autoritățile și instituțiile publice în care există funcții publice de stat și teritoriale, a unui proiect pilot de organizare a concursului de ocupare a unor funcții publice vacante, care urma să se organizeze în perioada 2020-2021. Perioada de pandemie pe care am traversat-o, concentrarea forțelor pentru identificarea soluțiilor de depășire a ei, a încetinit sau zădărnicit punerea în aplicare a acestui proiect.

În ceea ce ne privește, nu manifestăm un entuziasm deosebit cu privire la această soluție. Și avem reprezentarea că transpunerea ei în legislația funcției publice din România s-a făcut într-un fel relativ pripit, fără o analiză prealabilă serioasă, care să contureze utilitatea și eficiența în viitor a acestui sistem de recrutare în funcția publică.

Nu tot ceea ce este bun la alții este neapărat potrivit și la noi. Am avut experiențe care au dovedit acest lucru și invocăm perioada 2006-2021, când prefectul și subprefecții au fost transformați în înalți funcționari publici, pentru ca în anul 2021 să se revină la soluția conform căreia aceștia sunt demnitari politici. Cui a folosit această tentativă eșuată, în care, astfel cum s-a afirmat în permanență și în mod critic de doctrină, deși prefecții și subprefecții erau, teoretic, înalți funcționari publici, în realitate ei erau implicați în activități de natură politică, recrutați pe criterii politice și nu li s-a asigurat niciun drept la carieră, fiind schimbați din funcție atunci când aveau loc schimbări la nivelul arcului guvernamental. Astfel de perioade aduc regres, nu progres. Ne trag în urmă, nu împing înainte angrenajul complex al administrației publice.

În ceea ce privește funcțiile publice locale, recrutarea se realizează numai prin *concursuri pe post*, în care se verifică atât cunoștințele și competențele generale, cât și cele specifice necesare ocupării unei astfel de funcții, astfel cum prevede art. 467 alin. (7).

3. Gestiunea funcției publice

Noțiunea de gestiune a funcției publice poate fi definită din două perspective. În sens *material funcțional*, ea cuprinde ansamblu de acte, fapte și operațiuni prin intermediul cărora se derulează cariera funcționarului public, din momentul numirii, până în cel al încetării raportului de serviciu. Sub aspect *formal organic*, gestiunea cuprinde ansamblul de structuri, colegiale sau unipersonale, cu sau fără personalitate juridică, precum și titulari de funcții și demnitari publici care au atribuții în derularea carierei funcționarilor publici.

Problema gestiunii funcției publice este cercetată și în alte state și la nivelul Uniunii Europene, unde regăsim o arhitectură completă de structuri implicate în derularea carierei funcționarilor publici europeni, cum ar fi Comitetul de personal, care reprezintă interesele personalului pe lângă instituția europeană și asigură o permanentă legătură între aceștia;

¹⁸ V. Vedinaș C. Călinoiu, *Statutul funcționarului public european*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 45.

Comisia paritară, care se regăsește și în sistemul funcției publice, cu rolul de a asigura un echilibru între interesele conducerii autorității sau instituției publice și cele ale personalului, sens în care avizează măsurile, deciziile și proiectele de acte normative care influențează situația personalului; Consiliul de disciplină, care în sistemul românesc al funcției publice a fost preluată ca și Comisia de disciplină, care are menirea de a realiza cercetarea disciplinară a funcționarilor care au săvârșit fapte calificate a reprezenta abateri disciplinare și alte astfel de structuri, care nu se regăsesc în sistemul românesc și pe care nu le mai menționăm.¹⁹

Încă de la adoptarea primului statut al funcționarilor publici de după 1990, reprezentat de fosta Legea nr. 188/1999, s-au consacrat astfel de structuri colegiale, fiind vorba, astfel cum am arătat, despre *comisiile paritare* și *comisiile de disciplină*.

Am putut însă constata în practică faptul că, deși funcționează de peste două decenii, rolul lor nu este încă suficient de conturat și, mai ales, de eficient. Că semnificația activității pe care o desfășoară este diminuată sau chiar ignorată, nefiind implicate în luarea deciziilor care afectează personalul pe considerentul că oricum, avizele lor sunt consultative. Caracterul consultativ al avizului nu înlătură rolul acestor comisii. În ceea ce privește comisiile de disciplină, practica demonstrează că și în cazul lor rolul este nu diminuat, ci denaturat. Că prea adeseori astfel de comisii sunt transformate în instrumente aflate în mâna conducerii, de care aceasta se folosește pentru a sancționa, inclusiv prin destituire, pe unii dintre funcționari. La baza creării comisiilor de disciplină s-a aflat tocmai nevoia de a-i proteja pe funcționari împotriva abuzurilor conducerii. Transformarea lor în factori ai acestor abuzuri reprezintă o dovadă a faptului că nu este suficient ca o lege să fie corectă, să aibă o finalitate pozitivă, pentru că toate acestea pot fi compromise prin modul în care ea este aplicată în practică.

IV. Succinte concluzii

Dorim să pornim, în conturarea acestor concluzii, de la faptul că adoptarea, la finele anului 1999, a fostei Legi nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici a avut loc într-un moment în care România avansa pe drumul său de integrare europeană, care a presupus condiționalități, un proces de armonizare legislativă, exigențe în care s-a încadrat și imperativul adoptării unei legi care să reglementeze această instituție juridică. Acest lucru a atras și procedura în care legea a fost adoptată, pe calea angajării răspunderii Guvernului, soluție legislativă care a determinat carențe de reglementare care s-au impus imediat a fi corectate, prin adoptarea mai multor legi și ordonanțe de urgență ale Guvernului. Putem considera că în materia funcției publice, s-a manifestat o instabilitate legislativă considerabilă, concretizată în modificări și completări frecvente ale fostei legi privind statutul funcționarilor publici, realizate, de regulă, prin procedurile atipice ale angajării răspunderii guvernului și ordonanțelor de urgență, puține fiind situațiile când legea s-a modificat prin procedura parlamentară obișnuită.

Instabilitatea legislativă a influențat evoluția funcției publice în România. Fără a nega progresul care s-a realizat, nu putem să ignorăm faptul că așteptările sunt departe de a fi satisfăcute. Multe din soluțiile legislative s-au dovedit ineficiente, atât în această materie, cât și în altele, pentru că s-a recurs prea adeseori, la „împrumuturi normative” sau

¹⁹ Este vorba despre Comisia pentru cazuri de invaliditate, Comisia pentru Rapoarte, Comitetul pentru statut, Comitetul consultativ paritar pentru cazuri de insuficiență profesională.

„transplanturi”, cum se exprimă unii autori, din legislația altor state sau din cea existentă la nivelul Uniunii Europene. Art. 148 din Constituție consacră prioritatea reglementărilor Uniunii Europene care au caracter obligatoriu asupra dispozițiilor contrare din legile interne, dar considerăm că acest principiu trebuie aplicat prin raportare la alte norme care guvernează raporturile dintre aceasta și statele membre. Regăsim, în legislația primară a Uniunii Europene, recunoașterea *identității constituționale* și a *identității lingvistice* a statelor membre, valori care trebuie compatibilizate între ele și raportate și la celelalte norme constituționale care guvernează raportul dintre dreptul supranațional și cel național. Altfel riscăm să introducem în sistemul românesc instituții pe care practica nu le validează și care aduc cu ele un regres, nu progresul de care este atâta nevoie.

Este adevărat că în dreptul administrativ român, ca și în alte ramuri ale dreptului, se manifestă o anumită tendință de europenizare. Nu ne rămâne decât să ne dorim ca principiile care conduc la o mai bună administrare și la o mai bună guvernare, la o mai mare transparență în luarea deciziilor să fie aplicate și în România. Și ele să ducă la o profesionalizare mai profundă a funcționarilor publici, a întregului personal și a administrației, în ansamblul său.²⁰

²⁰ Irina Alexe, *Funcția publică în România centenară*, în Daniel Șerban, Irina Alexe, Raul Felix Hodoș, Sergiu Golub (coord.), *100 de ani de drept în România*, Ed. Hamangiu 2018, pp. 28-29.

II. Lucrări ale studenților, masteranzilor și doctoranzilor

APPEARANCE OF CONSTITUTIONAL CONSTRAINTS IN THE TAKING OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS – ISSUE OF UNLAWFUL EVIDENCE

András BODNAR¹

„... aliud nihil in iudiis quam iustitiam habere debet.”²

Abstract

In my short study, in criminal proceedings, I present a small slice of the issue of unlawful evidence across constitutional constraints on evidence. In this connection, I explore the links between the bans on evidence and the psychological circumstances experienced during the interrogations, which may be one of the reasons for the false confession and thus the false convictions, all supported by an incident. In the end, I will try to draw conclusions and make a proposal to eliminate such errors.

Keywords: criminal trial, evidence, constitutional provisions

1. Introduction

The quotation above is a fragment of a decree issued in 294 by Emperor Diocletian. According to his report, the task of the court proceedings has no other purpose - to find out the truth. However, there is a very bumpy road to this in criminal cases. The facts relevant to the criminal law aspect and the evidence supporting them must be researched. At a basic level, the wording is related to Roman law: *da mihi factum, dabo tibi ius*. So give me a fact, I'll give you a right. In criminal proceedings, the question of fact is always ahead of the question of law, because it is only possible to decide on the question of law in the knowledge of the facts.³

The Code of Criminal Procedure currently in force, provided the legislature with a preamble. The first part of the preamble is of paramount importance for the present study. This part is included at the beginning of the law: “The Parliament with a view to bringing the perpetrators of crimes punishable under international law to justice in an effective and reasonable manner, ensuring that the fundamental right to a fair trial is upheld, Bearing in mind the need to establish the truth ... constitutes the following law ...”. The reason for the preamble is that the legislator expresses its firm belief that the Be. it is considered to be novel from the point of view of legal policy, it contains provisions that are important for society, and in part, it intends to briefly present the objectives that it wishes to convey through the law.⁴

The preamble therefore seeks to bear in mind the fact that the truth has been established. However, it does not consciously endow the truth with a material or procedural signifier,

¹ Géza Marton Doctoral School of Legal Studies, PhD student

² Fenyvesi, Csaba, *A kriminalisztika tendenciái. A büntügyi nyomozás múltja, jelene, jövője*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2017, 13.

³ Fenyvesi, Csaba, *i.m.*, 13.

⁴ Polt, Péter (Szerk.), *Kommentár a büntetőeljárási törvényhez*, Wolters Kluwer Hungary Kft., Budapest, 2018, 35.

avoiding categorization into one or the other category, which is incompatible with Be. with its spirituality.⁵

Finding out and establishing the truth, as the purpose and task of criminal proceedings, usually comes into contact with the criminal justice system as an axiom, an unquestionable finding. It can be assumed that the final judgment clearly proves as a public document whether a crime has been committed and who is the perpetrator. The facts of a final judgment should ideally contain real facts, accompanied by a fair sentence in the case of guilt, which in an even more ideal situation is imposed by the court under fair laws.⁶

With regard to finding out the truth, it must be emphasized that, as already mentioned, the facts relevant to criminal law, as well as their evidence, must be researched in order to achieve it. However, not all tools and methods can be used during the investigation and later during the proof. A procedure without such restrictions, as has been the case with legal historical systems, would in no way be compatible with the rule of law.

The main question, however, is where the boundary lies in the evidence that has not yet been obtained illegally, in a way that does not conflict with the prohibitions set out in the Be, and the means of evidence that do not violate legal prohibitions but are lawful, e.g. due to tactical element - wobble. When, in what situation can the evidence obtained be declared illegal?

2. Evidence in criminal proceedings

The fact that part of the evidence, including a very substantial, substantive part of the criminal proceedings, is indisputable neither for practicing lawyers nor for theorists. Criminal proceedings are basically not only the legal order of the appearance of three internal (access to justice, substantive legality, formal legality) and external (law enforcement, defense, judgment) functions, but also the process of procedural acts and the web of procedural legal relations. a process of proof in a broad sense.⁷

These external functions are by no means far from proof. Evidence may perpetuate the appearance that it is only a matter of attaining truth, but, as I pointed out at the outset in relation to a principle of Roman law, the question of fact takes precedence over the question of law, so that in the event of a wrong answer to the question of fact, nor can the answer to a question of law be correct. The same is true of internal functions, since a judgment summarizing the evidentiary process cannot summarize it unless it is facilitated by a productive, effective law enforcement and a high-quality, all-encompassing defense. It follows that, from a functional point of view, it is not possible to distinguish between evidence and criminal proceedings.⁸

Evidence, the evidentiary process, is central to criminal proceedings, as the collection and analysis of evidence accounts for more than 90% of the content of criminal proceedings. That is why the issue of unlawful evidence is a very important element in the evidentiary process.⁹

⁵ Polt, Péter (Szerk.), *i.m.*, 36.

⁶ Elek, Balázs, *Az igazság feltárása a büntetőeljárásban*, In.: Elek, Balázs – Háger, Tamás – Tóth, Andrea, Noémi, *Igazság, ideál és valóság. Tanulmányok Kardos Sándor 65. születésnapja tiszteletére*, Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Büntető Eljárásjogi Tanszék, Debrecen, 2014, 50.

⁷ Tremmel, Flórián, *Bizonyítékok a büntetőeljárásban*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2006, 23.

⁸ Tremmel, Flórián, *i.m.*, 23-24.

⁹ Elek, Balázs – Szabó, Krisztián, *Szemelvények a büntetőeljárás köréből*, Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Debrecen, 34.

2.1 Prohibitions on proof

One of the most emphatic and delicate parts of the field of evidence theory is the generation and usability of unlawful evidence. In criminal proceedings, the ample availability of evidence is not at all, and criminal cases are characterized by a small amount of evidence. That is why it is a kind of pressure on the authorities to obtain evidence if they want to fulfill their social function. It raises the question of whether minor infringements can prevent the defendant from being held liable. Prohibition of too much evidence may lead to the loss of the outcome of the proceedings due to legal formalities, but on the other hand, the lack of prohibited means of proof and means may violate the guarantee elements of criminal proceedings and the rights of the defense.¹⁰

Section 2 states: "In criminal proceedings, the dignity of the human person shall be respected."¹¹ According to the 64/1991 Constitutional Court Decision: "The right to human dignity means that there is a core of the autonomy and self-determination of the individual, extracted from the provisions of everyone else, by which man remains a subject and cannot become an instrument or object."¹²

According to this, dignity ensures that there is an inviolable segment of individual autonomy in which neither the state nor any other person can interfere. This makes it possible for man to never become completely vulnerable, - losing his human nature - an object, a tool. Thus, a person may demand from the state a certain - dignified - treatment, regardless of the behavior of a given person towards others.¹³

The inclusion of bans on evidence in the Criminal Procedure Code guarantees the protection of the accused, but does not jeopardize the purpose of the proceedings. The extent to which prohibitions on proof apply can be described as a sign of the rule of law, as there is no or very limited evidence in a police state.¹⁴

According to Section 167. (5): "The fact arising from a means of proof which the court, the public prosecutor's office, the investigating authority or the authority specified in subsection (2) has committed as a criminal offense, in another prohibited manner or the participants' criminal procedural rights shall not be assessed as evidence acquired with substantial damage."¹⁵

The section mentioned above, by recording, evidence cannot be assessed as evidence from a means of evidence obtained by a court, prosecutor's office, investigative authority through a criminal offense, other prohibited means, or a material violation of the rights of participants in criminal proceedings.¹⁶

Evidence obtained through a criminal offense is a confession obtained during a forced interrogation by force or threat. According to the literature, other forms of torture, starvation, deprivation of sleep, drowsiness, unreasonable promises of benefits, and any psychological influence that is suitable for physical activity may be classified as prohibited in the literature. he may testify against the will of the person interrogated or against his will.¹⁷

¹⁰ Elek, Balázs – Szabó, Krisztián, *i.m.*, 42.

¹¹ 2017. évi XC. törvény a büntetőeljárásról 2. § (1) bek.

¹² 64/1991. AB határozat (Abortusz I.)

¹³ Debreceni Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar, Alkotmányjogi Tanszék, *Magyar Alkotmányjog I. jegyzet*, 27.

¹⁴ Elek, Balázs – SZABÓ, Krisztián, *i.m.*, 42.

¹⁵ 2017. évi XC. törvény a büntetőeljárásról 167. § (5) bek.

¹⁶ Polt, Péter (Szerk.), *i.m.*, 388.

¹⁷ Elek, Balázs – Szabó, Krisztián, *i.m.*, 42. oldal

2.2 Unlawful evidence - Interrogation of the suspect

In my view, the second round of the general injunction clause - the other prohibited method - may come to the forefront during the first interrogation of the suspect during the investigative phase.

Recognizing the significance of a suspect's testimony is essentially the same age as justice. After all, even the earliest legal systems started from the assumption that recalling and reconstructing an event that took place in the past is possible in the simplest, most accurate way through the person who is necessarily involved or involved in it, the perpetrator. Of course, the fundamental question was, to this day, whether the confession contains the truth, and how the answer to that can be verified. For centuries, there were a number of methods used to persuade the accused to make a statement and then authenticate the confession because they believed the confession could be truly convincing evidence.¹⁸

It is a fact that the first interrogation of the accused is a procedural act which, on the one hand, is a significant stage, momentum, watershed of the investigation itself, and, on the other hand, a moment which is very rich in information and which - not infrequently - confesses decisive personal evidence - may result.¹⁹

It is important to emphasize, however, that the theorem treated as an axiom in criminal procedure is related to the confession. It is consistently emphasized in the literature, supported by item law, that a confession is only one of the pieces of evidence and not its queen. A confession cannot be considered conclusive evidence, however, the authorities are making an increased effort to obtain a confession. With decades of experience behind him, he was also stressed in a study by a police officer hovering in front of his eyes in an ongoing effort to get the suspect to admit his guilt. In most cases, the purpose of investigations is still to obtain a confession.²⁰

Nevertheless, the goal is to achieve a paradigm shift in forensics. In contrast to the data from personal sources, the methods of forensic science based on natural science, the so-called "Silent witnesses", traces and remnants of material came to the fore as early as the 20th century. from the second half of the century. Since then, the XXI. century, as a new shift, and now as second-generation evidence, digital data is receiving prominent attention.²¹

2.2.1 False confession

Obtaining a confession as an objective floating in the eyes of a member of the investigating authority and the methods associated with it, which, in my view, can be fully incorporated into the second round of the general injunction clause, referred to as other prohibited methods, are radically related to one type of false confession.

According to Balázs Elek - in a psychological sense - we distinguish three types of false confessions. These are the voluntary false confession, the forced and "ready-to-serve" false confession, and the forced and acquired false confession. In the first case, a false

¹⁸ Tóth, Mihály, *Kihallgatási műfogások az igaz vallomás érdekében. A taktikai blöff.*, In.: Tóth, Mihály, *Örök kérdések és bizonytalan válaszok az ezredforduló évtizedeinek büntetőjogi világából*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2020, 313.

¹⁹ Tremmel, Flórián – Fenyvesi, Csaba – Herke, Csongor, *Kriminalisztika. Tankönyv és atlasz.*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2005, 362.

²⁰ Elek, Balázs, *A vallomás befolyásolása a büntetőeljáráásban*, Tóth Könyvkereskedés és Kiadó Kft., Debrecen, 2008, 83.

²¹ Fenyvesi, Csaba, *i.m.*, 183.

confession is a self-incriminating statement that is made intentionally without investigative pressure. The third case is when a suspect makes a false confession based on the erroneous assumption that he has committed a tort charge against him.²²

The second case, a forced and “ready-to-serve” false confession, involves the suspect making a confession as a result of the extreme methods of interrogation, even though he is aware that he has not committed a crime. An innocent confession in this regard is made because he wants to put an end to the suspect’s physical and mental suffering, even if he has not committed a crime. In such cases, the result of physical but rather mental coercion is a false confession.²³

The following case provides a number of lessons for the case outlined above. At dawn on March 28, 2003, an elderly lady living alone woke up to stand between her bed and her wardrobe, her back facing a thin man wearing a tall black hoodie. He later described to the police the man he saw as around 30 to 40 years old, about 180 inches tall. On April 7, 2003, a promising trace came into the possession of the investigating authority. An ATM camera took a picture of those who used the bank card stolen from the lady. The captured images were released to the public by police, hoping someone would recognize the person in the image.

On May 30, 2003, a turning point occurred. A phone call came in. The applicant at the end of the line believed in the picture to recognize V. G. P., a 19-year-old resident of Budapest living with his mother. On July 9, 2003, police officers appeared before them and indicated that they should testify. It quickly became clear - after the black sweater found in the apartment - that there was more to it. G was taken in handcuffs into the Camel's way and found out in the car that he was suspected of robbery. In Camel Street, a black, perforated cap was pulled over his head, through which he saw nothing but shreds of pictures. In addition, there was another small circumstance that would later prove significant: G had to go to the bathroom. He had already indicated this at home, to which he was told that he would be at the police station. And the police say he won't go anywhere until he signs. G. kept hearing someone typing. It felt absurd that he had committed the robbery, but then he couldn't think of anything there to prove his innocence. He said he was confused because he had never had a thing of this weight before. She was smothered and really wanted to go to the bathroom for a very long time. The confession was born. The Central District Court of Pest sentenced G to three years in prison with a final judgment. However, G had a bomb-proof alibi at the time of the robbery. From 18:20 on March 27, 2003 until 11:22 a.m. on April 3, 2003, he was in a closed department of the National Institute of Psychiatry and Neurology. Lastly, that fact constituted a ground for reopening the proceedings and clarification of Mr G.'s name.²⁴

A number of testimonies can be drawn from the above case regarding the atmosphere of the interrogations and the methods of interrogation. In the present case, G.'s "confession" bleeds from several wounds. On the one hand, the fact that the investigating authority put on a black, perforated cap at the beginning of his interrogation, which made it impossible for him to detect the outside world, Be. the requirement of a procedure designed to protect fundamental rights at the beginning of In G. 's case, the recording

²² Elek, Balázs (2008), *i.m.*, 90-95.

²³ Elek, Balázs (2008), *i.m.*, 91.

²⁴ Janecskó, Kata, *Ártatlanul elítélve*, Corvina Kiadó Kft., Budapest, 2021, 13-19.

made by the ATM camera and his own confession, which was later withdrawn, constituted all the evidence.

In my view, the fact is that the purpose of the investigating authority is to obtain a confession which is considered to be sufficient, reliable evidence. However, as explained earlier, the position in the literature is clear that admission is only one piece of evidence and that it should not be the main means of proof.

Yet why G. confessed to having committed the crime in the knowledge of his innocence can be substantiated in a rational way. G. said he was confused because he had never had a thing of this weight before. She was smothered and really wanted to go to the bathroom for a very long time. The environment and circumstances of the interrogations alone have a specific psychological effect on the accused. From all this, it can be concluded that in addition to the official dominance of the detective, the accused may become vulnerable during interrogations in a foreign and isolated environment.²⁵

Furthermore, Balázs Elek points out that the length of the interrogation has an impact on its outcome. This technique lives on in the public consciousness as a tiring process. The point is to sustain someone for a long time, when it becomes important for them to meet short-term needs and is unable to understand the long-term consequences. He does not focus on the issue, but on getting rid of the threatening environment unknown to him.²⁶

In that regard, it should be noted that, in G.'s case, the minutes of the hearing were closed at 9.10 am on 9 July 2003. According to his recollections, he was brought in in the morning, he does not remember exactly, but he has been in official custody since 11:35 a.m. He hasn't had a chance to go to the bathroom since...²⁷

In Mr G. 's case, it is clear that his false confession could not have been taken into account as evidence, in the light of any of his disabilities as defined above, in general. In addition, there was no evidence other than ATM recording. Presumably, if the investigating authority did not want to prove the guilt of a person who had come to light on the basis of a report at all costs with a false confession, but also to discover other evidence for which the previously in force Act at the time of the case. Would have had an obligation under section 118. (2) of the Act, perhaps the real perpetrator would be prosecuted.

3. Summary, possible solutions

The Code of Criminal Procedure clearly prohibits the use of evidence obtained through a criminal offense. Our penal codes consistently criminalize the use of violence, threats, or other similar methods to extort a confession. In practice, judging exactly this, the “other similar method,” sometimes causes confusion. The Supreme Court has previously emphasized that, in addition to the use of unlawful methods and physical coercive means used to extort a confession, other methods of interrogation may be used. It is also clear that the law enforcer intends to prohibit any method which leaves the interrogated with no choice, not his will, but that of the interrogator.²⁸

There are options to eliminate false confessions. These possibilities have been mentioned above, and I would like to mention their summation here.

²⁵ 8/2013. (III. 1.) AB határozat

²⁶ Elek, Balázs (2008), *i.m.*, 93.

²⁷ Janecskó, Kata, *i.m.*, 16.

²⁸ Tóth, Mihály, *i.m.*, 336-337.

Agreeing with the literature, it is paramount that all forensic scientists should be aware that a confession is not the queen of evidence. The relentless pursuit of this at all costs leads to excesses, and the extraordinary consequences of a false self-burden are almost irreparable in the process.

Furthermore, a member of the investigating authority should not be reassured upon hearing the admission, and should continue to be aware that it is a legal obligation to collect all evidence lawfully and fairly even in the event of admission. It is also his duty to verify the veracity of the confession.

I agree with Csaba Fenyvesi, who recommends making a video recording of the interrogations as a technical solution to eliminate interrogation and influence.²⁹

In my opinion, in addition to the above, a video recording of the procedural acts should be considered in order to obtain additional information that can be gathered from them, eg through body language. Considering the paradigm shift as electronic data, digital evidence, video recording can more easily dispel doubts about a confession recorded on paper by a member of the investigating authority.

References

- Debreceni Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar, Alkotmányjogi Tanszék, *Magyar Alkotmányjog I. jegyzet*.
- Elek, Balázs – Szabó, Krisztián, *Szemelvények a büntetőeljárás köréből*, Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Debrecen.
- Elek, Balázs, *A vallomás befolyásolása a büntetőeljárásban*, Tóth Könyvkereskedés és Kiadó Kft., Debrecen, 2008.
- Elek, Balázs, *Az igazság feltárása a büntetőeljárásban*, In.: Elek, Balázs – Háger, Tamás – Tóth, Andrea, Noémi, *Igazság, ideál és valóság. Tanulmányok Kardos Sándor 65. születésnapja tiszteletére*, Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Büntető Eljárásjogi Tanszék, Debrecen, 2014.
- Fenyvesi, Csaba, *A kriminalisztika tendenciái. A bűnügyi nyomozás múltja, jelene, jövője*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2017.
- Janecskó, Kata, *Ártatlanul elítélve*, Corvina Kiadó Kft., Budapest, 2021.
- Polt, Péter (Szerk.), *Kommentár a büntetőeljárás törvényéhez*, Wolters Kluwer Hungary Kft., Budapest, 2018.
- Tóth, Mihály, *Kihallgatási műfogások az igaz vallomás érdekében. A taktikai blöff*, In.: Tóth, Mihály, *Örök kérdések és bizonytalan válaszok az ezredforduló évtizedeinek büntetőjogi világából*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2020.
- Tremmel, Flórián – Fenyvesi, Csaba – Herke, Csongor, *Kriminalisztika. Tankönyv és atlasz*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2005.
- Tremmel, Flórián, *Bizonyítékok a büntetőeljárásban*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2006.
- 2017. évi XC. törvény a büntetőeljárásról
- 64/1991. AB határozat (Abortusz I.)
- 8/2013. (III. 1.) AB határozat

²⁹ Fenyvesi, Csaba, *i.m.*, 185.

OFFICIALITY AND THE RIGHT OF DEFENCE IN THE CASE LAW OF THE ECHR

Júlia Dóra BATTA¹

Abstract

The right of defence is a main principle of the criminal procedure. Generally, enforcement of the principals is always a relevant question in every branch of law, because principles express the specifics of the procedure and serve as guidelines in application of law. These principles are never absolute, but always have relative value, because they express of the current social and legal policy perception.

In criminal proceedings, the ex officio principle has a different meaning at the investigative and trial stages. In the course of an investigation, it means that the investigating authority or the prosecutor may also initiate criminal proceedings without a request. At the court stage, the principle of ex officio means, in the first place, that the judge is not bound by the parties' motions. For example in the Member States of the European Union there are different legal solutions as to whether the evidence can be taken of the court's own motion or only at the request of the prosecutor, the accused and the defence counsel.

Key words: criminal procedure, officiality, right to defence

1. Principles in criminal procedure

The right of defence is a main principle of the criminal procedure. Generally, enforcement of the principals is always a relevant question in every branch of law, because principles express the specifics of the procedure and serve as guidelines in application of law. These principles are never absolute, but always have relative value, because they express of the current social and legal policy perception.²

Studies and dialogues which are analysing principles are always present in scientific life. It has been dealt by many researchers, but from time-to-time new studies are made on the subject. The question may arise as to whether it makes sense to take out the principles over and over again, whether it is possible to say anything new, whether the discourses about principles are leading somewhere?

Examining the role of principles in criminal proceedings has a constant relevance to make criminal proceedings and the decision-making process more comprehensive. This way, the mechanisms, effects and possible errors in practice become visible, which, if we are aware of them, makes the whole procedure more predictable and this is essential for legal certainty and the success of the procedure.³ As the European Court of Human Rights (ECtHR) has stated in a judgment: „...justice must not only be done: it must also be seen to be done...”⁴

2. Principle of officiality

In criminal proceedings, the ex officio principle has a different meaning at the investigative and trial stages. In the course of an investigation, it means that the investigating

¹ PhD student, Géza Marton Doctoral School of Legal Studies University of Debrecen

² Angyal, Pál, *A magyar büntetőeljárás jog tankönyve I. kötet*, Atheneum, Budapest, 1915, 253.

³ Batta, Júlia Dóra, *Finkey officialitás-elméletének hatása a magyar büntetőeljárásra*, In: Erdélyi Jogélet, 2021/1

⁴ Delcourt v. Belgium, Application no. 2689/65, Judgement of 17 January 1970, ECtHR Ser.A. No. 11.

authority or the prosecutor may also initiate criminal proceedings without a request. At the court stage, the principle of *ex officio* means, in the first place, that the judge is not bound by the parties' motions.⁵ For example in the Member States of the European Union there are different legal solutions as to whether the evidence can be taken of the court's own motion or only at the request of the prosecutor, the accused and the defence counsel.⁶

Criminal procedure laws usually discuss in detail the duty of a judge without a motion by the parties. For example, in criminal proceedings the judge must report *ex officio* if the judge is biased and unable to hear the case impartially,⁷ but he must also detect if the offense in question is time-barred.⁸

3. Right of the defence - Part of the right to a fair trial or an independent right?

3.1. The right to a fair trial

The right of defence is part of the right to a fair trial, which is a fundamental guarantee in criminal proceedings under the rule of law.⁹ This is a guarantee stemming from Anglo-Saxon law, first declared internationally by Article 6 of the ECHR.¹⁰

However, the word trial is included in the text of the Convention, but it is important to emphasize that although the trial is an important part of the proceedings, the requirement of fairness must apply throughout the proceedings. This is very important because if the requirements of a fair trial are not met during the investigation, the trial is likely to become objectionable.¹¹

Obviously, the requirement of a fair trial does not apply only to criminal proceedings, but due to the structure and nature of criminal proceedings, the accused is already disadvantaged in many respects, so the right to a fair trial is even more important in criminal proceedings.¹²

3.2. The principle of equal rights of the plaintiff and the defendant

The previous line of reasoning takes us to the principle of equality of arms, so in the following we will take a closer look at this principle too.

Fair trial is a universal principle, which is in fact a set of principles and essentially sets the European standard for criminal proceedings.¹³ An essential element of this set of

⁵ Lichtenstein, András, *The Principles of Legality and Officiality in Criminal Procedure*, In: Central & Eastern European Legal Studies; 2018, Issue 2, 290–293.

⁶ Batta, Júlia Dóra, *The Principle of Official Proceedings in Practice of the CJEU and the ECtHR*, In: Büntetőjogi Szemle, 2021/különszám, 6.

⁷ Ficsór, Gabriella, *A bíró kizárásának gyakorlati tapasztalatai*, In: Büntetőjogi Szemle, 2017/2., 75–77.

⁸ Polt, Péter (szerk.), *Kommentár a büntetőeljárásról szóló 2017. évi XC. törvényhez*, Wolters Kluwer Hungary Kft., Budapest, 2020, 980–981.

⁹ Gács, Anett, *A hatékony védelemhez való jog az Emberi Jogok Európai Bíróságának joggyakorlatában*, In: Magyar Rendészet 2018/3. szám, 11.

¹⁰ Róth, Erika, *Az eljárási jogok*, In: HALMAI Gábor - TÓTH Gábor Attila (szerk.), *Emberi jogok*, Osiris Kiadó, Budapest, 2003, 703.

¹¹ Erdei, Árpád, *Tanok és tévtanok a büntető eljárásjog tudományában*, ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2011, 234.

¹² Bán, Tamás, *A tisztességes eljárás és annak egyik fontos vonása: az ártatlanság védelme*, In: TÓTH Mihály, (szerk.), *Büntető eljárásjogi olvasókönyv*, Osiris Kiadó, Budapest, 2003, 59.

¹³ Herke, Csongor - Fenyvesi, Csaba - Tremmel Flórián, *A büntető eljárásjog elmélete*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2012, 51.

principles is equality of arms, which ensures that prosecution and defence have an equal chance to express their views in criminal proceedings. Of course, this does not mean that the rights of the prosecution and the rights of the defence must always be the same. The principle is expressed that the means of prosecution and defence must not be the same but must be equal force.¹⁴

According to the Hungarian Constitutional Court – is in line with the European Court of Human Rights – the principle of equality of arms has a twofold condition: on the one hand, the personal presence of each of the parties during the proceedings and, on the other hand, that the prosecution and the defence have access to the relevant data in the same completeness and depth.¹⁵ In several decisions, the ECtHR and also the Constitutional Court has addressed the principle of equality of arms deriving from the right to a fair trial, primarily in connection with the right to defence, therefore in the following we will continue with the right of defence.

3.3. *The right of defence*

As we have seen, the equality of arms is not an arithmetic equality, but rather the importance of access to informations and thus meaningful participation in procedural acts and the substantive preparation of the accused and the defence counsel. Based on this, it can be said that one of the basic principles of the constitutional law of criminal procedure is the right to defence, which can be found in many different detailed rules at all stages of criminal proceedings, but does not imply a constitutional obligation.

The right of defence is an explicitly named element of the right to a fair trial, declared by Article 6 of the ECHR,¹⁶ but from time to time, the question arises whether the right of defence can be interpreted independently or can only be interpreted in an asset-objective relationship as part of the right to a fair trial.

Until 2008, the ECtHR (Court) clearly stated that the right of defence could only be interpreted as part of the right to a fair trial. Therefore, the Court did not find that the rights of the defence had been infringed if the rules on the rights of the defence had not been complied by the national authorities, but the procedure itself (so the whole procedure) was fair.

The turning point was the *case of Salduz v Turkey* in 2008, in which the Court examined the violation of the right to a fair trial, but in its judgment stated the independent application of the right of defence. In this case, the Court states that the rights of the defence must be guaranteed from the first hearing of the suspect.¹⁷

The principles developed in the *Salduz case* were clarified by the Court in *Dayanan v Turkey case* in 2009. In that case, the Court ruled that the right of defence must be guaranteed to the accused from the time of his apprehension.¹⁸

Subsequently, the principles set out in the *Salduz* and *Dayanan* cases are reflected in a number of directives adopted under the Stockholm Program. However, the case law of the Court has been inconsistent since 2009 and often goes back to the interpretation that the rights of the defence should be subject to the fairness of the proceedings as a whole.¹⁹

¹⁴ Erdei, *i.m.*, 235.

¹⁵ Decision of the Hungarian Constitutional Court no. 6/1998. (III. 11.)

¹⁶ Gácsi (2018), *i.m.*, 12.

¹⁷ *Salduz v. Turkey case*, Application no. 36391/02, Judgement of 27 November 2008.

¹⁸ *Dayanan v. Turkey case*, Application no. 7377/03, Judgement of 13 October 2009.

¹⁹ Gácsi (2018), *i.m.*, 14-15.

4. Requirement of effectiveness

Article 6 of the ECHR states the following in relation to the rights of the defence: *“The person who charged with a criminal offence has the right to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, he has to be given it free when the interests of justice so require.”*

So firstly, as we can see, it is an ex officio obligation of the member states under the Convention to provide the legal assistance. But secondly, it is not enough to provide legal assistance, it also has to be effective. As regards the rights of the defence, the ECtHR first established effectiveness in *Artico v. Italy case*. In this case, the Court ruled that the accused would not be protected by the authorities just by assigning a defender for him. This is only a matter of formality and not the provision of effective and efficient protection. In the main proceedings, the defender seconded by the Italian authorities never acted on the merits, but the authorities did not grant him other defender for the repeated request of the accused. The Court found that the national court had breach the Convention by tolerating the failure of the seconded defender, whereas it is for the Member State to ensure effective protection.²⁰

So as we can see, under the Convention, to ensure the defence of the accused is not the only ex officio obligation of the Member States, but it is also an obligation to ensure the effectiveness and efficiency of the defence.

5. The case law of the ECtHR in the decision of the Hungarian Constitutional Court

In line with the case law of the ECtHR, and referring to the decisions made in the above cases, the Hungarian Constitutional Court also held that in criminal proceedings it is a requirement that the accused's right to defence must be exercised effectively.

In the main proceedings the local court found the accused guilty of extortion. Both the prosecutor and the defence appeals complained that the investigating authorities did not inform the defence counsel of the planned time for the interrogation of the accused and the place of his apprehension. According to the appeals, the failure to notify the seconded defence counsel infringed the defendant's right to have adequate time and opportunity to prepare his defence.²¹

The appellate court ruled that failure to notify the seconded defence counsel of the scheduled date of the interrogation did not constitute a material restriction on the rights of the defence. In its judgement the appellate court explained that this was not a serious procedural restriction that would justify either setting aside the judgment of the city court or excluding the defendant's testimony from the evidences.²²

The accused appealed to the Constitutional Court against the final judgement. According to the defendant, the failure of the investigating authority to inform the defender of the planned time of the first questioning of the defendant infringed the rights of the defence and, in this context, the right to a fair trial. These are serious violations for

²⁰ *Artico v Italy case*, Application no. 6694/74, Judgement of 13 May 1980.

²¹ Decision of the Hungarian Constitutional Court no. 8/2013. (III. 1.) [3]

²² Decision of the Hungarian Constitutional Court no. 8/2013. (III. 1.) [3]

which, his testimony should have been excluded from the evidences, therefore the judgement is unconstitutional.²³

The Constitutional Court – also based on the case law of the ECtHR – ruled that, the defendant assigned to the accused must be notified of the place and time of the interrogation in such a way as to enable him to exercise his procedural rights and to participate in the interrogation. If the notification does not comply with this requirement, the defendant's testimony shall not be considered as an evidence.²⁴

This decision of the Constitutional Court is in line with the case law of the ECtHR, as it states that the time of the notification and providing the preparation time cannot be purely formal. To verify this is an *ex officio* obligation of the courts, and a testimony made in breach of it must be excluded from the evidences.

6. Conclusion

All in all, we can see that the principles are never have absolute value, but their meaning is in constant motion, as we always fill them with the content of the current social and legal policy perception, so their analysis and examination of their validity is always relevant.

This is particularly true of the principle of fair trial and its parts such as the right of defence, which is one of the most important pillars of the rule of law. At the same time, the principle of *ex officio* is very important, as it is also a paramount guarantee that what are the issues in criminal proceedings that the court must examine *ex officio*.

Because all in all, we could say that the principle of fair trial should not depend on the motion of the parties, it must be ensured *ex officio* by the national court. For this reason, all judges are obliged to enforce parts of the fair trial *ex officio* during criminal proceedings.²⁵

²³ Decision of the Hungarian Constitutional Court no. 8/2013. (III. 1.) [4]-[6]

²⁴ Decision of the Hungarian Constitutional Court no. 8/2013. (III. 1.) [55]

²⁵ Batta, *The Principle of Official Proceedings... i.m.*, 11.

PERIOADA PANDEMICĂ ȘI MEDIUL ONLINE - UN CONTEXT FAVORABIL CONTRAFACERII

PANDEMIC PERIOD AND ONLINE ENVIRONMENT - A FRAMEWORK FOR COUNTERFEITING

Narcisa-Victoria DĂRĂBAN¹

Rezumat:

Încă de la finele anului 2019, grupurile infracționale implicate în contrafacere au încercat să valorifice nou apăruta cerere de produse medicale (măști de protecție, truse de testare, echipamente medicale, medicamente). S-a observat astfel, o creștere semnificativă a comerțului online, datorată măsurilor de distanțare socială, blocajelor instituite de state și a procentului mare din populație care a lucrat de acasă. Infractorii s-au adaptat rapid la această schimbare a comportamentului de cumpărături, profitând de lacunele legislative din domeniu.

În ciuda acțiunilor ample pe care autoritățile le întreprind (cum este cazul Operațiunii Pangea), se pare că nici măsurile stricte de carantină luate în întreaga lume și nici o pandemie nu pot opri contrafacerea. Comerțul cu mărfuri contrafăcute pare să se schimbe mai repede decât legea, dar există totuși posibile rezolvări și aspecte de care trebuie să ținem cont în momentul în care dorim să achiziționăm produse online.

Este necesară o mai bună cooperare între deținătorii mărcilor, furnizorii de servicii intermediare și autorități pentru a dezvolta strategii ofensive de protecție a mărcii, cât mai sofisticate și în continuă evoluție, toate în scopul stopării acestui fenomen.

Cuvinte cheie: contrafacere, online, medicamente, criză medicală, siguranță

Abstract:

Since the end of 2019, the criminal groups involved in counterfeiting have tried to capitalize on the new demand for medical products (protective masks, test kits, medical equipment, drugs). Thus, there was a significant increase in online commerce, due to social distance measures, blockages imposed by states and the large percentage of the population who worked from home. Criminals have quickly adapted to this change in shopping behavior, taking advantage of legislative gaps in the field.

Despite the extensive actions being taken by the authorities (such as Operation Pangea), it appears that neither the strict quarantine measures taken worldwide nor any pandemic can stop counterfeiting. Trade in counterfeit goods seems to be changing faster than the law, but there are still possible solutions and issues that we need to keep in mind when we want to buy products online.

Better cooperation is needed between trademark owners, intermediary service providers and authorities to develop the most sophisticated and evolving offensive trademark protection strategies, all in order to stop this phenomenon.

Keywords: counterfeiting, online, drugs, medical crisis, safety

Contextualizare

Crizele reprezintă adesea oportunități pentru persoanele care doresc să eludeze dispozițiile legii, iar întregul context provocat de apariția și răspândirea virusul Covid-19 nu a fost diferit.

În întreaga lume, grupurile implicate în contrafacere au încercat să valorifice o nouă cerere de produse medicale, precum măști de protecție, truse de testare, echipamente

¹ Studentă, Universitatea din Oradea, Facultatea de Drept, specializarea Drept, an 3;

medicale și consumabile utilizate și necesare în lupta cu SARS-CoV-2. În general este vorba despre produse care au fost utilizate și înainte de pandemie, însă nu în cantități atât de mari iar, cu excepția dezinfectantului pentru mâini, majoritatea erau folosite în principal de către personalul din domeniul sanitar.

Pe cale de consecință, putem afirma că această perioadă și criza COVID-19 au creat un mediu profitabil pentru falsificatori, fiind relevantă abordarea problemei contrafacerii, relația dintre această practică și perioada pandemică, cu precădere în ceea ce privește mediul online.

Contrafacerea nu este o practică nouă, supărându-i pe deținătorii de mărci de sute de ani, dar problema majoră o reprezintă faptul că aceasta se dezvoltă o dată cu comerțul electronic, atingând cote tot mai ridicate și valențe tot mai mari, iar această pandemie a adăugat tendințe noi și alarmante la problema preexistentă.

Cele mai populare categorii supuse contrafacerii sunt produsele din categoria fashion (îmbrăcăminte, încălțăminte, accesorii), urmate de accesoriile IT/pentru telefoane și medicamentele.² Totuși, datorită schimbărilor aduse de anul 2020, s-a semnalat o creștere în vânzarea de produse medicale și sanitare false, precum și a echipamentelor de protecție și a produselor farmaceutice.

În acest sens, la nivel internațional au existat acțiuni concertate din partea organelor abilitate, cea mai relevantă fiind Operațiunea Pangea³, una dintre cele mai mari activități pe care INTERPOL le-a coordonat anul trecut, implicând peste 90 de țări din întreaga lume. Autoritățile au confiscat aproape 34.000 de măști chirurgicale contrafăcute, au efectuat 121 de arestări, au identificat și eliminat peste 2.500 de link-uri către produse legate de Covid-19, au confiscat 4,4 milioane de unități de produse farmaceutice și 13 milioane EUR din produse farmaceutice potențial periculoase.

În întreaga Uniune Europeană se iau măsuri zilnice împotriva falsificatorilor care profită oportunist de criză. În 9 decembrie 2020, polițiștii de frontieră din cadrul Punctului de Trecere a Frontierei Giurgiu au descoperit peste 3.400 comprimate ce conțineau în prospect specificația Covid-19, în valoare de aproximativ 8400 lei, susceptibile a fi contrafăcute, pe care un cetățean bulgar a încercat să le introducă în țară, fără a deține autorizațiile necesare. Întreaga cantitate de bunuri a fost ridicată de către Serviciul de Investigare a Criminalității Economice - I.P.J. Giurgiu, efectuându-se cercetări sub aspectul săvârșirii infracțiunii de „punere în circulație fără drept a unui produs purtând o marcă identică sau similară cu marca înregistrată pentru produse identice sau similare”.

Nici în S.U.A., lucrurile nu stau diferit. Agenția de investigare a securității naționale ICE, prin operațiunea „Stolen promises” din aprilie 2020 a confiscat peste 29 milioane USD, a închis peste 10.000 de site-uri web și a făcut numeroase arestări - o țintă încercând

² <https://www.armo.org.ro/ghid-armo-privind-combaterea-comercializarii-produselor-contrafăcute-in-mediul-online/>, accesat la data de 10 aprilie 2021

Metodele de contrafacere și modalitățile prin care medicamentele contrafăcute ajung la consumatori sunt diverse. Vorbim despre vânzarea directă, despre import, despre schimbarea ambalajului (ambalaj original, dar medicamentul contrafăcut), despre falsificarea prospectului sau atașarea unui prospect într-o altă limbă, despre aplicarea de însemne (holograme) contrafăcute pe ambalaje, anunțuri publicitare, pe Internet, prin presă, termene de valabilitate fictive, în Mihăilă C.O., *Counterfeiting and illicit drug sales. Effects on intellectual property rights*, Revista Tribuna Juridică vol. 8, martie 2018, p. 39

³ <https://www.worldtrademarkreview.com/anti-counterfeiting/challenging-times-anti-counterfeiting-in-the-age-of-covid-19>, accesat la data de 14 aprilie 2021

să vândă peste 125 milioane de măști de față contrafăcute în valoare de 750 milioane USD⁴. În primele câteva săptămâni ale anului 2021, Departamentul pentru Securitate Internă a confiscat peste 10 milioane de măști 3M N95 contrafăcute. De asemenea, producătorul acestor măști este și titularul uneia dintre cele mai cu ecou acțiuni în justiție împotriva vânzătorilor de versiuni contrafăcute ale măștii sale N95⁵.

Valoarea substanțială, sentințele blânde și randamentul ridicat al investiției încurajează grupările criminale să se angajeze în activități de contrafacere. Modul de operare al unor astfel de grupări devine din ce în ce mai complex, pe măsură ce tehnologia și canalele de distribuție evoluează, în paralel cu gama de produse care fac obiectul contrafacerii⁶.

Definiția contrafacerii și cadrul legal

În general, contrafacerea este înțeleasă ca fiind procesul prin care un produs cu caracteristici identice sau foarte similare unui alt produs, este introdus pe piață în vederea comercializării, prin încălcarea legislației și a drepturilor de proprietate intelectuală ale produsului original.

Aspectele caracteristice ale contrafacerii⁷, rezultate din literatura de specialitate și jurisprudență sunt:

1. contrafacerea să se realizeze în activitatea economică;
2. existența unei identități sau asemănări între marcă și semnul folosit de către terț sau între serviciile sau produsele pe care se aplică acestea;
3. existența riscului de confuzie, inclusiv a riscului de asociere în percepția consumatorilor.

Cele mai cunoscute operațiuni de contrafacere sunt:

- imitarea frauduloasă, pe baza asemănării;
- reproducerea identică sau aproximativ identică a unei mărci înregistrate pentru produse identice sau similare;
- fabricarea unei etichete sau a unui ambalaj ce reproduce o marcă protejată prin lege.

Organizația Mondială a Comerțului (O.M.C.- art. 51 Acordul TRIPS), definește contrafacerea mărcilor ca fiind: „orice fel de marfă, inclusiv ambalaj care poartă, fără a avea autorizație, o marcă comercială care este identică cu marca comercială legal înregistrată pentru produsele respective sau care nu se poate distinge în ceea ce privește aspectele sale esențiale de o astfel de marcă comercială și care, în consecință, încalcă drepturile proprietarului mărcii comerciale în discuție, sub incidența legilor țării importatoare.”

⁴ <https://www.dickinson-wright.com/news-alerts/andrea-arndt-counterfeit-products-article>, accesat la data de 10 aprilie 2021

⁵ În cadrul unui proces intentat în California s-a susținut că un vânzător Amazon, numit Mao Yu (pârât) - în contradictoriu cu companii precum KM Brothers și filiale KMJ Trading și Supreme Sunshine - a vândut măști de protecție N95 care pretindeau în mod fals că sunt produse autentice 3M, adesea la prețuri foarte mari. Inculpatul „a operat o schemă ilegală pentru a face publicitate și a vinde aparate de protecție contrafăcute, deteriorate, deficiente sau modificate în alt mod, către clienți care au nevoie de echipament de protecție personală (EPP)” se arată în plângerea depusă la o instanță din Los Angeles.

⁶ Rezumat. Raport de sinteză pe 2019 privind încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală. Importanța DPI, încălcarea DPI și lupta împotriva contrafacerii și a pirateriei, https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/observatory/docs/2019_Status_Report_on_IPR_infringement/2019_Status_Report_on_IPR_infringement_exec_ro.pdf, accesat la data de 05 aprilie 2021

⁷ Dominte N.R., *Dreptul proprietății intelectuale. Protecție juridică*, Editura Solomon, 2021, p. 84

1. Legea 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice

Art. 102 din Legea 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, conține prevederi legate de infracțiunea din domeniul mărcilor.

Astfel: „*Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă săvârșirea, fără drept, a următoarelor fapte:*

- a) *contrafacerea unei mărci;*
- b) *punerea în circulație a unui produs purtând o marcă identică sau similară cu o marcă înregistrată pentru produse identice ori similare;*
- c) *punerea în circulație a produselor care poartă indicații geografice ce indică sau sugerează că produsul în cauză este originar dintr-o regiune geografică, alta decât locul adevărat de origine”.*

O problemă raportată la rapiditatea cu care infractorii răspund necesităților semnalate de piață este faptul că marca poate fi protejată doar după înregistrare și publicare, proces care de multe ori presupune un timp îndelungat. În acest sens, directiva (UE) 2015/2436⁸ prevede că nu poate fi stabilită contrafacerea unei mărci “*decât în cazul în care se constată că marca sau semnul contrafăcut este utilizat în cursul schimbului comercial pentru a diferenția produsele sau serviciile. Utilizarea semnului în alte scopuri decât cel al diferențierii produselor sau serviciilor ar trebui să intre sub incidența legislațiilor naționale*”.

Art. 10 alin. 4 din Directivă prevede că: “*fără a aduce atingere drepturilor titularilor dobândite înainte de data depunerii cererii sau de data de prioritate a mărcii înregistrate, titularul unei mărci înregistrate este îndreptățit totodată să împiedice toate părțile terțe să introducă, în cursul schimburilor comerciale, produse în statul membru în care este înregistrată marca, fără a le pune în liberă circulație în statul respectiv, în cazul în care aceste produse, inclusiv ambalajele acestora, provin din țări terțe și poartă, fără a fi autorizate, o marcă identică cu marca înregistrată pentru respectivele produse sau care nu poate fi diferențiată, în aspectele sale esențiale, de marca înregistrată*”.

Un lucru de necontestat este faptul că, de cele mai multe ori, prin acțiunile în contrafacere se urmăresc și solicitări privind acordarea de despăgubiri odată cu constatarea actelor de utilizare neautorizată. Pentru aceste despăgubiri, se apelează la dispozițiile O.U.G. nr. 100/2005 privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate industrială. Daunele solicitate pot fi atât materiale cât și morale (de imagine- referindu-se la asocierea mărcii cu produse de o calitate inferioară). La calculul cuantumului acestora se va ține cont de toate aspectele specifice (consecințele economice, pierderea câștigurilor de către adevăratul titular al mărcii, beneficiul realizat pe nedrept etc.)⁹.

Ca măsură specială în domeniul mărcilor și a contrafacerii putem enunța aspectul privitor la hotărârea de condamnare, care poate fi publicată, afișată, la cererea reclamantului și pe cheltuiela celui ce a încălcat dreptul protejat. Mai mult, instanța poate ordona, dacă se consideră necesar și alte măsuri de publicitate de o mai mare amploare în funcție de împrejurări.

2. O.G. nr.21/1992 privind protecția consumatorilor

Conform art. 4, alin. 2 din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, “se interzic producerea, importul și comercializarea produselor falsificate sau contrafăcute”,

⁸ Directiva (UE) 2015/2436 a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 2015 de apropiere a legislațiilor statelor membre cu privire la mărci, JOUE L 336/1 din 23.12.2015

De asemenea, contrafacerea mărcii trebuie să includă “utilizarea semnului ca denumire comercială sau ca denumire similară, în măsura în care o astfel de utilizare se face în scopul diferențierii produselor sau serviciilor”.

⁹ Dominte N.R., *op. cit.*, p. 87

sancțiunile fiind cuprinse între 3.000 - 30.000 lei, iar pentru limitarea prejudicierii consumatorilor, se poate dispune oprirea comercializării acestor produse și retragerea lor de pe piață.

Instituțiile abilitate să intervină în astfel de cazuri sunt Autoritatea Națională a Vămirilor (Legea nr. 344/2005 privind unele măsuri pentru asigurarea respectării drepturilor de proprietate intelectuală în cadrul operațiunilor de vămire), Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor (O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, cu modificările și completările ulterioare - art. 4) și Inspectoratul General al Poliției Române (în virtutea Codului Penal).

Produsele contrafăcute sunt confiscate de organele abilitate (IGPR), la sesizarea ANPC și distruse sau valorificate, după caz, conform prevederilor legale.

3. Reglementări europene relevante

Cu privire la domeniul medical, în ultimii ani am avut evoluțiile legislative europene, în special Convenția MEDICRIME și Directiva privind medicamentele falsificate.

Convenția MEDICRIME¹⁰ a fost dezvoltată de Consiliul Europei pentru a oferi un cadru legal model pentru tratarea fenomenului medicamentelor falsificate și a altor tipuri de infracțiuni farmaceutice care amenință sănătatea publică. Convenția, semnată de multe state membre ale UE, a intrat în vigoare în ianuarie 2016. Aceasta prevede că fabricarea intenționată, furnizarea, oferirea de furnizare sau traficul de medicamente falsificate sunt considerate acte penale. În prezent, 15 țări (inclusiv Portugalia, Spania, Belgia și Franța) incriminează aceste acte.

DIRECTIVA 2011/62/UE A Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2011 care a modificat Directiva 2001/83/CE de instituire a unui cod comunitar cu privire la medicamentele de uz uman în ceea ce privește prevenirea pătrunderii medicamentelor falsificate în lanțul legal de aprovizionare, a intrat în vigoare în ianuarie 2013 cu scopul de a spori securitatea fabricării și livrării medicamentelor în toată Europa. Regulamentul UE 2016/161 a fost pus în aplicare în februarie 2019, completând această directivă cu dispoziții detaliate privind caracteristicile de siguranță care trebuie incluse în ambalajul produselor medicamentoase. Directiva completă va fi obligatorie pentru statele membre începând cu 9 februarie 2025; cu toate acestea, o mare parte din aceasta este deja obligatorie. Printre celelalte dispoziții ale acesteia, directiva introduce un logo comun pentru site-urile farmaciilor online care funcționează legal, care trebuie să fie afișat în mod clar pe fiecare pagină a site-ului web.

Închiderea granițelor și comerțul ilicit online

De la începutul pandemiei, statele au adoptat o serie de măsuri care au avut ca obiectiv principal protejarea sănătății publice. Au fost astfel instituite blocaje în grade diferite care au avut ca efect perturbarea producției și a lanțurile globale de aprovizionare, ajungându-se la o lipsă a produselor esențiale și s-au introdus controale la frontierele interne ale statelor, măsuri care au avut un impact semnificativ asupra libertății de circulație a bunurilor.

În acest context, putem afirma că s-a creat o cerere de bunuri pe care statele nu o puteau satisface, creându-se un mediu propice pentru contrafacere, falsificatorii utilizând penuria

¹⁰ <https://www.coe.int/en/web/medicrime/the-medicrime-convention>, accesat la data de 12 aprilie 2021

de aprovizionare cu anumite bunuri pentru a oferi din ce în ce mai multe alternative contrafăcute, atât online, cât și offline.

Totuși, din cauza închiderii granițelor, traficul de frontieră a fost redus la cote minime și rețelele infracționale s-au îndreptat spre coletărie, punerea în circulație a produselor contrafăcute realizându-se prin pachete mici și nu prin importuri masive și prin containere uriașe, ca în trecut. Chiar și înainte de pandemie s-a simțit o înclinația spre acest mod de operare, iar potrivit unui studiu¹¹, coletele mici transportate de serviciile poștale sau exprese au reprezentat 69% din sechestrările vamale ale produselor care încalcă proprietatea intelectuală între 2014 și 2016, comparativ cu 63% între 2011 și 2013. Nu ne putem imagina cum vor arăta aceste procente raportat la anul 2020.

Totodată, infractorii s-au reorientat, adaptându-se rapid la schimbarea comportamentului de cumpărături de la offline la online, ajungând să exploateze exclusiv căile online (site-uri ilicite, piață darkweb și platforme de socializare), care au experimentat o creștere a disponibilității falsurilor și escrocheriilor legat de COVID -19.¹²

Cum un procent foarte mare din populația întregului glob a lucrat de acasă și cu măsurile de distanțare socială, mișcarea spre comerțul electronic a fost tectonică, schimbarea acestui comportament putând deveni noul normal, chiar și după ce în cele din urmă criza dispare. Conform unui studiu realizat de DS Smith, furnizor major de ambalaje pentru e-commerce în Europa, 64% dintre europeni spun că au făcut cumpărături online în timpul perioadei Covid-19, iar în SUA și Canada numărul a crescut cu 146% față de anul precedent, iar 89% dintre corespondenți spun că vor continua să cumpere produse online și după ce va trece pandemia.

Astfel, piețele online au devenit un focar, fiind pline de vânzătorii care aduc produse contrafăcute, în ciuda faptului că în ultimii ani, atât guvernele, cât și piețele online din China au adoptat o atitudine mai dură împotriva contrafacerii și a altor tipuri de abuzuri de mărci. Totuși, piețele occidentale au o abordare mai puțin agresivă, motiv pentru care, mulți infractori și-au mutat acum operațiunile aici. Platformele de comerț electronic precum Amazon, E-bay și Alibaba se bazează pe furnizori terți, iar site-urile web ale acestora caută în mod activ să permită comerțul dintre aceștia și clienți, pentru a crește traficul general al site-ului web.

În prima săptămână din martie 2020, Talisman, platforma de protecție a mărcii Incopro, a descoperit peste 1.150 de postări pe rețelele sociale pe trei platforme cheie (Facebook, Twitter, Instagram) care vindeau măști de protecție contrafăcute- o creștere de 2 490% față de nivelurile minime de postări în decembrie 2019 înainte de pandemie. În aceeași lună, AliExpress a eliminat peste 250 000 de anunțuri suspecte, eBay a blocat sau a eliminat peste 15 milioane de anunțuri care încalcă politicile privind coronavirusul. În luna mai, peste 80 de milioane de reclame sau liste de produse care erau susceptibile de inducere în eroare au fost blocate sau eliminate de Google, iar eBay a eliminat peste 17 milioane de anunțuri de pe platforma sa comercială globală¹³.

¹¹ <https://www.worldtrademarkreview.com/anti-counterfeiting/challenging-times-anti-counterfeiting-in-the-age-of-covid-19>, accesat la data de 12 aprilie 2021

¹² Au predominant trusele de testare contrafăcute, ale căror numere depășesc orice altă formă de produs contrafăcut asociat COVID-19.

¹³ <https://www.incoproip.com/covid-19-counterfeiters-using-the-pandemic-to-exploit-consumers/>, accesat la data de 15 aprilie 2021

Această perioadă de criză a înlăturat prudența cumpărătorilor din online, aceștia fiind mai predispuși să cumpere mai întâi și să analizeze mai târziu, întrucât concurează cu alții pentru bunuri și produse rare, de o valoare percepută crescută.

Pericolul pe care îl reprezintă contrafacerea în mediul online privește ușurința cu care un anonim poate deține o platformă prin intermediul căreia să își desfășoare activitatea ilicită. Acest tip de activități sunt posibile din cauza lacunelor legislative din domeniu. Deși fenomenul ia amploare de la o zi la altă, autoritățile tolerează în continuare aceste activități în ciuda faptului că îi produc prejudicii semnificative statului, nefiind plătite impozite, taxe și contribuții, în condițiile în care, în general, nu se emit facturi fiscale, certificate de garanție sau conformitate. În acest caz, și drepturile consumatorului sunt nerespectate.

Problema la nivel național

În România, ne confruntăm cu fenomenul comerțului complementar, aflându-se pe rolul instanțelor civile și penale o mulțime de cauze care privesc acest domeniu. Aceste acțiuni sunt generate de lacunele legislative existente, mediul online oferind un suport specializat celor interesați în a comercializa produse contrafăcute pentru că este foarte ușor a-ți ascunde identitatea și a-ți deschide un site.

Astfel, oricine poate să își înregistreze un domeniu în spațiul virtual și să își deschidă un magazin online. Acest lucru nu se întâmplă în Marea Britanie, spre exemplu, unde nu poți achiziționa un domeniu de internet fără a face dovadă că ești comerciant. În România, nici măcar copia actului de identitate nu ți se cere.

Este extrem de ușor să înființăm un magazin online, etapele fiind relativ simple,¹⁴ având nevoie doar de o adresă validă de e-mail, de un domeniu de internet și de un site, dar cel mai periculos aspect îl reprezintă faptul că dobândirea acestora poate fi realizată sub un anonimat total, cu date nereale sau chiar mai rău, folosind datele de indentificare ale unui terț.

Primul pas îl reprezintă înregistrarea adresei de e-mail (gmail.com, spre exemplu), adresă care poate conține date nereale. Apoi se înregistrează un domeniu de internet. Se intră pe rotld.ro (de exemplu), înregistrare domenii noi, rezervăm domeniul de internet "vandprodusecontrafăcute.ro", primim o factură proforma către adresa de e-mail, după achitarea căreia suntem titularii domeniului de internet.

Se observă astfel că pașii sunt ușor de parcurs, iar orice produs contrafăcut are cale liberă spre a fi comercializat online.

Darkweb

La o analiză puțin mai aprofundată a temei, este imposibil să nu ajungem la subiectul darkweb-ului, internetul „ascuns” sau invizibil, care este probabil cel mai șocant loc online și poate lua mai multe forme (Deep Web și Dark Net), mediu înfloritor pentru criminalitate și comerț ilegal de mărfuri de contrabandă¹⁵.

¹⁴ Aceste etape au fost analizate de avocatul Adrian Căvescu în cadrul Simpozionului "Contrafacerea și pirateria în domeniul proprietății intelectuale" 2015, organizat de Rominvent- <http://juri.ro/mediul-online-propice-contrafacerii-avocatul-adrian-cavescu-colaborator-rominvent-ridica-problema-fenomenului-comercializarii-de-servicii-si-produse-contrafăcute-in-spatiul-virtual-si-a-pericolului-pe-care-il-reprezinta-pentru-romania-lipsa-unor-reglement>, accesat la data de 15 aprilie 2021

¹⁵ Unii experți în securitate cibernetică spun că Internetul invizibil ar fi de 400 de ori mai mare decât internetul vizibil.

Cercetătorii Kaspersky¹⁶ au examinat 15 piețe diferite pe Darknet și au găsit reclame pentru trei vaccinuri majore împotriva COVID-19: Pfizer/BioNTech, AstraZeneca și Moderna. S-au găsit, printre altele, vânzători care făceau publicitate pentru vaccinuri „COVID-19” neomologate.

Majoritatea anunțurilor din partea vânzătorilor provin din Franța, Germania, Marea Britanie și SUA, iar prețurile pe doză variază de la 250 USD până la 1.200 USD, cu un cost mediu de aproximativ 500 USD. Comunicarea în ceea ce privește aceste anunțuri se face prin intermediul aplicațiilor de mesagerie criptate precum Wickr și Telegram, în timp ce plățile sunt solicitate sub formă de criptomonede, în principal Bitcoin.

În urmă informațiilor disponibile experților Kaspersky, este imposibil să se spună câte dintre dozele de vaccinuri promovate online sunt înșelătorii, fiind în acest mod pusă în pericol viața cumpărătorilor. Mai important, obținerea unor astfel de doze este ilegală.

Impactul produselor contrafăcute

Fenomenul contrafacerii afectează în mod direct atât comercianții ale căror produse sunt imitate sau reproduse în mod fraudulos, cât și cumpărătorii care aleg, conștient sau nu, să le cumpere.

În acest sens, de cele mai multe ori pentru producerea mărfurilor contrafăcute sunt utilizate resurse limitate, materii prime sau mijloace tehnologice de o calitate inferioară standardelor impuse prin lege, compromisuri din lanțul producției ce se regăsesc ulterior în calitatea produsului final comercializat pe piață.

Principalul motiv pentru care aceste mărfuri nu ar trebui să existe pe piață din perspectiva consumatorului este siguranța. Astfel, proprietarii de mărci au mare grijă să construiască un produs investind în cercetare și dezvoltare, concentrându-se și asupra sănătății și siguranței, respectând orientările naționale pentru industria lor, produsele fiind verificate, validate și acreditate, în timp ce produsele contrafăcute nu pot fi realizate conform specificațiilor necesare pentru a funcționa corect (raportat la prețul lor de vânzare) și oferă utilizatorilor un sentiment fals de protecție¹⁷.

Un raport intitulat „Comerțul cu produse farmaceutice contrafăcute, comerțul ilicit”, pregătit de Direcția de guvernanta publică a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD) împreună cu EUIPO a reliefat că, în 2016 comerțul internațional cu produse farmaceutice contrafăcute valora 4,4 miliarde de dolari, creând nu numai consecințe economice grave pentru sector, ci și o amenințare semnificativă pentru sănătatea publică. Documentul a raportat că între 72.000 și 169.000 de copii ar putea muri de pneumonie în fiecare an datorită medicamentelor contrafăcute administrate și că medicamentele antimalarice false ar putea fi responsabile pentru 116.000 de decese.¹⁸

Poate în mod surprinzător, analiza a confirmat că India (cu 53% din valoarea totală confiscată a produselor farmaceutice și medicamentele contrafăcute la nivel mondial în 2016), China și Hong Kong (cu 34% din confiscările în funcție de valoare între 2014 și

¹⁶ Kaspersky este o companie globală de securitate cibernetică fondată în 1997. Cunoștințele vaste despre amenințările cibernetice și experiența în securitate IT deținute de Kaspersky se materializează în mod constant în soluții de securitate și servicii inovatoare pentru a proteja companiile, infrastructură critică, autoritățile guvernamentale și utilizatorii individuali din toată lumea.

¹⁷ Unele medicamentele contrafăcute au în conținutul lor de cele mai multe ori substanțe periculoase ca mercurul, otrava de șobolani sau vopseaua, în Mihăilă C.O., *op. cit.*, p. 50

¹⁸ <https://www.worldtrademarkreview.com/anti-counterfeiting/challenging-times-anti-counterfeiting-in-the-age-of-covid-19>, accesat la data de 12 aprilie 2021

2016) și Singapore (17,5% din numărul de sechestre în 2016) sunt principalele economii de proveniență pentru medicamentele contrafăcute.

Economiile africane, europene și ale Statelor Unite par să fie principalele ținte ale produselor farmaceutice false (antibiotice, medicamente și analgezice în special).

Interesant este și aspectul reliefat de analiză EUIPO asupra cererii, respectiv atitudinea cetățenilor UE față de DPI și disponibilitatea lor de a consuma produse și servicii care încalcă DPI. Printre stimulentele pentru consumatori de a cumpăra bunuri contrafăcute și de a accesa ilegal conținut protejat prin drepturi de autor se numără prețurile mai mici, accesibilitatea ușoară și un grad scăzut de stigmatizare socială asociată unor astfel de activități.

Versiunea actualizată a Tabloului de bord privind proprietatea intelectuală și tineretul arată că în anul 2019, față de anul 2016, este mai puțin probabil că tinerii din UE să consume conținut digital piratat, însă probabilitatea de a achiziționa bunuri contrafăcute este ușor mai ridicată.

Rezolvări

Deși creșterea comerțului electronic și o călătorie accelerată către digitalizare pot crea oportunități de infiltrare a mărfurilor contrafăcute pe termen scurt, există și motive pentru a fi mai optimiști pe termen lung. Deși platformele și tehnicile de comerț electronic au facilitat comerțul ilicit prin proceduri de securitate și verificare slabe, există dovezi că comerțul online ar putea deveni în curând mai dificil de pătruns pentru falsificatori.

1. Pentru început, există o presiune din ce în ce mai mare din partea companiilor deținătoare de mărci, pentru platformele de comerț electronic pentru a-și *îmbunătăți securitatea*. Mărci importante, precum Nike și Birkenstock, au criticat Amazon, citând vânzători terți nereglementați și abundența falsurilor ca amenințări majore pentru mărcile și modelele lor de afaceri¹⁹. În acest sens, grupul Alibaba a fost pionier în dezvoltarea unui sistem de protecție IP din ce în ce mai sofisticat și eficient.
2. De asemenea, mărcile și chiar guvernele folosesc din ce în ce mai multe *coduri QR serializate* ca mijloc de monitorizare a lanțurilor de aprovizionare pentru a detecta contrafacerea și comerțul ilicit și sunt promovate către consumatori ca o modalitate de a verifica autenticitatea produsului. Într-adevăr, dacă același cod QR este utilizat pe multe produse false, atunci statistic va fi scanat de mai multe ori și în cele din urmă semnalizat ca contrafăcut, monitorizarea scanărilor ridicând cu siguranță ștacheta pentru falsificatori.
3. De asemenea, unele companii se folosesc deja de tehnica blockchain (modalitate de urmărire a tranzacțiilor Bitcoin) pentru a introduce informații care să nu poată fi editate. Se detaliază astfel întreg lanțul de aprovizionare al unui produs tocmai în scopul de a demonstra autenticitatea acestuia. Prin această tehnică se urmărește să se construiască o infrastructură blockchain comună în care intermediari, titulari de drepturi și autorități de aplicare a legii, să se poată conecta și să poată face schimb de date pentru a proteja lanțurile de aprovizionare împotriva infiltrării mărfurilor contrafăcute.²⁰

¹⁹ <https://www.nytimes.com/wirecutter/blog/amazon-counterfeit-fake-products/>, accesat la data de 15 aprilie 2021

²⁰ Mihăilă C.O., *Infringement of copyright and trademarks in the cyberspace*, International Scientific Conference “Law and Digitalization”, University of Niș, Faculty of Law, 23-24 April 2021

Cum ne putem proteja în mediul online de fenomenul contrafacerii?

1. O verificare în prealabil a platformei de vânzare online.

Afișarea unor date de contact eronate, incomplete sau chiar lipsa afișării acestora, precum și neprezentarea condițiilor referitoare la livrare, retur sau garanție sunt indicii că platforma online de vânzare ar putea să nu fie transparentă și că ar fi prudent să ne gândim de două ori înainte de a proceda la achiziționarea acelui produs. În plus, este important de știut că legislația europeană oferă, în cazul cumpărăturilor online, dreptul de a ne retrage din contract fără nicio justificare, precum și de a returna produsul, în termen de 14 zile de la data achiziției, cu anumite excepții legale, care trebuie menționate pe pagină magazinului electronic.

- o atenție deosebită trebuie acordată adreselor URL ale site-urilor. Dacă o singură literă pare deplasată sau dacă .com obișnuit a fost înlocuit cu .com.tk, instinctul ar trebui să ne semnalizeze că este o încercare de phishing.
- de asemenea, trebuie să fim atenți la gramatică și aspectul grafic al site-urilor
- este important să căutăm review-uri din partea altor utilizatori și să verificăm dacă acel site oferă un serviciu de suport sau conversație.

2. Compararea prețurilor produsului pe care dorim să îl achiziționăm cu prețurile din alte magazine

Poate cel mai evident element care ridică suspiciuni cu privire la calitatea produselor este prețul acestora. Un preț care la prima vedere pare prea bun pentru a fi adevărat, în cele mai multe dintre situații, se va dovedi că a fost într-adevăr prea bun pentru că produsul să fie unul original.

3. Pentru persoanele interesate care doresc să își protejeze produsele, singurul sfat constă în *înregistrarea mărcilor și efectuarea oricăror operațiuni cu maximă diligență*.

Concluzie

În cele din urmă, nici măsurile stricte de carantină luate în întreaga lume și nici o pandemie nu pot opri contrafacerea. Comerțul cu mărfuri contrafăcute se schimbă mai repede decât legea și metodele de aplicare pe care companiile, avocații și organele judiciare le pot pune în aplicare.

Reglementările privind comerțul electronic din multe țări în curs de dezvoltare sunt încă în evoluție, oferind vânzătorilor fără scrupule o oportunitate de aur. Este necesară o mai bună cooperare între deținătorii mărcilor, furnizorii de servicii intermediare și autorități pentru a dezvolta strategii ofensive de protecție a mărcii, cât mai sofisticate și în continuă evoluție, toate în scopul stopării acestui fenomen.

Afirm această necesitate de colaborare și în contextul în care distribuția mondială a vaccinului este în curs și au apărut scheme de infractori care vând vaccinuri false COVID-19. Chiar luna trecută, șase persoane au fost arestate în Mexic pentru trafic de vaccinuri frauduloase. Acești infractori au reușit să câștige aproximativ 2.000 de dolari pe doză de vaccin, iar recent, autoritățile chineze au arestat peste 80 de persoane care au asamblat și distribuit fiole saline și le-au vândut ca vaccinuri COVID-19, și au confiscat peste 3.000 de vaccinuri false de la această întreprindere.

În concluzie, această perioadă a sporit pericolele reprezentate de comerțul global cu produse farmaceutice contrafăcute, iar în timpul unei crize a sănătății publice precum actuala pandemie, combaterea acestui flagel global devine și mai acută și urgentă.

Bibliografie:

Cărți, lucrări, rapoarte:

- Dominte N.R., *Dreptul proprietății intelectuale. Protecție juridică*, Editura Solomon, 2021
- Mihăilă C.O., Infringement of copyright and trademarks in the cyberspace, International Scientific Conference “LAW AND DIGITILIZATION”, UNIVERSITY OF NIȘ, Faculty of Law, 23-24 April 2021;
- Mihăilă C.O., *Counterfeiting and illicit drug sales. Effects on intellectual property rights*, Revista Tribuna Juridică vol. 8, martie 2018;
- Raport EUROPOL 2020, accesibil online la adresa https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/report_covid_19_-_viral_marketing_counterfeits.pdf
- Letters to the Editor Counterfeit filtering facepiece respirators are posing an additional risk to health care workers during COVID-19 pandemic, *accesibil online la adresa* [https://www.ajicjournal.org/article/S0196-6553\(20\)30267-4/pdf](https://www.ajicjournal.org/article/S0196-6553(20)30267-4/pdf)
- Rezumat. Raport de sinteză pe 2019 privind încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală. Importanța DPI, încălcarea DPI și lupta împotriva contrafacerii și a pirateriei, *accesibil online la adresa* https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/observatory/docs/2019_Status_Report_on_IPR_infringement/2019_Status_Report_on_IPR_infringement_exec_ro.pdf.

Surse web:

1. <https://www.armo.org.ro/ghid-armo-privind-combaterea-comercializarii-produselor-contrafacute-in-mediul-online/>
2. <https://www.worldtrademarkreview.com/anti-counterfeiting/challenging-times-anti-counterfeiting-in-the-age-of-covid-19>
3. <https://www.dickinson-wright.com/news-alerts/andrea-arndt-counterfeit-products-article>
4. <https://www.coe.int/en/web/medicrime/the-medicrime-convention>
5. <https://www.worldtrademarkreview.com/anti-counterfeiting/challenging-times-anti-counterfeiting-in-the-age-of-covid-19>
6. <https://www.incoproip.com/covid-19-counterfeiters-using-the-pandemic-to-exploit-consumers/>
7. <http://juri.ro/mediul-online-propice-contrafacerii-avocatul-adrian-cavescu-colaborator-rominvent-ridica-problema-fenomenului-comercializarii-de-servicii-si-produse-contrafacute-in-spatiul-virtual-si-a-pericolului-pe-care-il-reprezinta-pentru-romania-lipsa-unor-reglement>
8. <https://www.worldtrademarkreview.com/anti-counterfeiting/challenging-times-anti-counterfeiting-in-the-age-of-covid-19>
9. <https://www.nytimes.com/wirecutter/blog/amazon-counterfeit-fake-products/>

UNIUNEA EUROPEANĂ PRESUPUNE CĂ INTEGRAREA MIGRANȚILOR REZOLVĂ CRIZA CAUZATĂ DE COVID – 19

THE EUROPEAN UNION ASSUMES THAT THE INTEGRATION
OF MIGRANTS SOLVES THE CRISIS CAUSED BY COVID 19

Tibor DOMOKOS¹

Rezumat:

Uniunea Europeană se confruntă cu două crize majore. Migrația și criza economică cauzată de COVID-19. În planul său de acțiune pentru 2021-2027, Uniunea solicită o integrare mai rapidă și mai eficientă a migranților pentru normalizarea crizei economice. Pe de altă parte, Uniunea Europeană nu ia în considerare faptul că numărul tot mai mare de migranți reprezintă în același timp un risc de securitate și contribuie la răspândirea virusului.

Cuvinte cheie: migrație, pandemie, criză economică, amenințare

Abstract:

The European Union is facing with two major crises. Migration and the economic crisis caused by COVID-19. In its action plan for 2021-2027, the Union calls for faster and more efficient integration of migrants in order to normalize the economic crisis. On the other hand, the European Union does not take into account the fact that the growing number of migrants is a security risk and also a contributor to the spread of the virus.

Keywords: migration, pandemic, economic crisis, threat

Migrația pe teritoriul Uniunii Europene

Migrația dintotdeauna a fost un element important al umanității și a fost inspirat de îmbunătățirea condițiilor de viață. Migrația poate fi de două feluri: (1) internă, (2) externă, adică migrația internă sau internațională.

Libertatea de mișcare era în primul rând deplasarea și șederea pe teritoriul unui stat. Doar din secolul XX. vorbim despre migrația internațională, deoarece în acest moment s-au stabilit reglementări privind migrația de peste granița statului.² În cazul migrației internaționale, trebuie să analizăm mai mulți factori. Legea Ungariei nr. LXXXIX din 2007 în § 1 afirmă și, definește conceptul frontierei de stat, a cărei trecere poate fi considerată ca migrație externă.³ Pe de altă parte, dacă luăm ca bază aspectele culturale, lingvistice și religioase, atunci migrația externă poate fi considerată în lumina istoriei ca migrație internă, întrucât migrația unui maghiar din Transilvania sau Voivodina pe teritoriul Ungariei poate fi considerată o mișcare internă.

Este important de remarcat că sub termenul de migrație vorbim de mișcarea externă, afirmând că în toate cazurile ne referim la persoanele care provin dintr-o țară non-europeană, având cultură diferită de cele existente pe teritoriul Europei sau în spațiul Schengen.

¹ Doctorand Facultatea de Drept, Universitatea din Miskolc, Ungaria

² Papp András László: Mozgásszabadság. Alkotmányjogi és nemzetközi jogi alapok. L'Harmattan Kiadó, Budapest 2009. pagina 13.

³ 2007. évi LXXXIX. törvény az államhatárról in <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0700089.tv>

Migrația este legată în primul rând de persoana care trebuie să respecte regulile de intrare în țara respectivă, adică să aibă pașaport, viză, identitate unică și alte documente prevăzute de lege. Pe de altă parte, trebuie să ne gândim și la migrația în grup, unde are rol important în integrare și asimilare legătura familială. Apare intenția de a reuni familii mai mari atunci când un membru al acestuia emigrează cu speranța ca cei rămași în urmă vor putea să se alăture mai târziu.⁴ Migranții care sosesc în Europa, sunt sub influența acțiunii politice din țara de proveniență deoarece sărăcirea din regiunea arabă, deșertificarea sau condițiile slabe de viață ale oamenilor din regiunea africană fac parte din viziunea lor.⁵ Pe de altă parte trebuie să ținem cont de faptul că, migrația în grup, poate avea ca scop dorința de a lucra pentru integrare și pentru un trai mai bun. Cu toate acestea, Europa are de-a face cu grupuri de migranți care nu migrează în speranța prosperității economice, dar sunt forțați să părăsească țara natală din cauza crizei sociale, și al politicii actuale.⁶ Trebuie examinat care este motivul adevărat al constrângerii externe. Dr. Tamás Dezső, consilierul științific al Institutului de Cercetare a Migrației, a confirmat următoarele despre dezvoltarea situațiilor de criză: „Dacă anumite cercuri financiare ale lumii ar dori să rezolve problema mai degrabă decât să o exploateze, am putea să ne apropiem mult de soluție. Dacă acești actori nu ar vedea oportunitatea câștigului financiar și / sau politic în fenomenul migrației, imaginea ar fi mult mai clară. De îndată ce cetățenii Europei își vor găsi cea mai veche și cea mai importantă întrebare: cui prodest (Al cui interes?), Vor găsi în acel moment o soluție.”⁷

Captura economică de „brain-drain”⁸ din Germania nu s-a concretizat deoarece migrația forțată nu a înlocuit forța de muncă care pare a fi o penurie a unei societăți germane în vârstă, deoarece majoritatea migranților sunt slab calificați. Dacă examinăm situația migranților care sosesc în Europa pe baza aspectelor sociologice, socio-structurale, de gen, culturale și religioase, putem face următoarele constatări. Din punct de vedere social, migranții care sosesc în Europa au rata de natalitate crescută în țările lor. În ceea ce privește raporturile de gen, spre deosebire de lumea occidentală, numărul bărbaților este mai mare decât cel al femeilor. Din punct de vedere cultural, religios, acesta se caracterizează prin reguli religioase stricte care contravin aproape tuturor viziunilor lumii despre cultura occidentală, dar în același timp rezistă efectelor de dezvoltare europene, pe care le consideră inutile.⁹

Respectiv datelor Eurostat¹⁰ în 2019 pe teritoriul Uniunii Europene se aflau 21,8 milioane de persoane fără de a avea cetățenia unui state membru. Începând cu 1 ianuarie

⁴ Massey, Douglas S.- Goldring, Luin - Durand, Joreg: Folyamatosságok a transznacionális migrációban: tizenkilenc mexikói közösség elemzése. Sík Endre szerkesztésében: A migráció szociológiája 2. ELTE TáTK, Budapest 2011. pagina 24.

⁵ Korinek László: Kriminológia 1., Magyar Közlöny Kiadó, Budapest 2010. pagina 527.

⁶ Szalkai Attila: A kényszermigráció biztonságpolitikai kockázata a 21. század elején. Nemzet és Biztonság 2010/3. pagina 60

⁷ Dr. Dezső Tamás: Demográfia és Migráció. A muszlim világ népességgrobbanásának okai és következményei. (Kutatási vázlat), Migrációkutató Intézet 2018. 11. 05., pagina 1. in <https://www.migraciokutato.hu/wp-content/uploads/2018/12/Demogr%C3%A1fia-%C3%A9s-migr%C3%A1ci%C3%B3-2.pdf> (2019.10.07.)

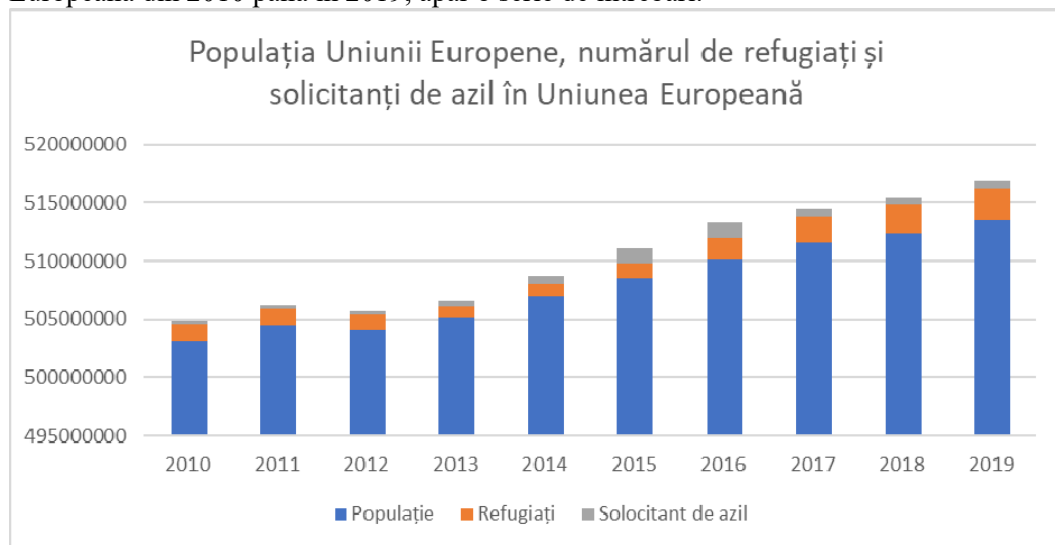
⁸ Termenul a fost folosit pentru prima dată de Royal British Academy atunci când cercetătorii și exploratorii săi au migrat în alte țări în anii 1950 și '60. in Csanády Márton Tamás – Személyi László: BrainDrain, Közelkép a diplomás magyarokról, Századvég 2006/41. pagina 80

⁹ Dr. Dezső Tamás. p. 3-4.

¹⁰ Eurostat, Statistics explained: Archive: A migrációra és a migráns népességre vonatkozó statisztika in https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/hu&oldid=494226

2020, populația Uniunii Europene este de 447,3 milioane, din care 23 de milioane sunt cetățeni ai niciunui stat membru al Uniunii Europene. Comparativ cu 2018, în 2019 numărul persoanelor care au dobândit cetățenia într-unul dintre statele membre ale Uniunii Europene a crescut cu 5%, adică 706.400 persoane.

Dacă ne uităm la numărul de refugiați și solicitanți de azil care sosesc în Uniunea Europeană din 2010 până în 2019, apar o serie de întrebări.



Tabel nr. 1.

Editat de autor după datele din https://www.europarl.europa.eu/infographic/welcoming-europe/index_hu.html#filter=2010 (2021.05.03)

Diagrama arată în mod clar că până în 2019, numărul refugiaților crește cu 1.318.087 față de 2010. Se vede o scădere minimă a numărului de refugiați până în 2012, după care numărul lor se triplează până în 2019. Pe de altă parte, dacă luăm în considerare numărul solicitanților de azil, se pune întrebarea de ce, în comparație cu numărul refugiaților care sosesc, numărul celor care solicită azil este atât de mic? Comparativ cu 2010, numărul solicitanților de azil este de aproape trei ori mai mare în 2019, dar numărul solicitanților de azil nu ajunge la 40% din numărul refugiaților. Restul de peste 60%, de ce nu solicită azil în niciunul dintre statele membre ale Uniunii Europene, nu au dreptul la acesta sau nu doresc să fie membri legali ai societății europene? Merită luat în considerare faptul că, dacă cineva nu are un permis de ședere, cum va deveni un membru sau un muncitor valoros în societatea din Uniunea Europeană. Se vede o valoare echilibrată între numărul de refugiați și solicitanții de azil numai în 2015-2016.

Dacă luăm ca bază destinațiile de migrație, va fi, clar că nu numai Germania - încă cea mai mare destinație de migrație - va ieși în prim plan, ci întreaga Europă.

Planul de acțiune privind integrarea 2021-2027 ca element în rezolvarea crizei cauzată de COVID-19

În 11 martie 2020, Organizația Mondială a Sănătății a declarat coronavirusul pandemie. Reducerea epidemiei și măsurile luate în acest sens au condus la schimbări economice și

sociale. Închiderea frontierelor, restricționarea accesului, închiderea instituțiilor de învățământ, reorganizarea sistemului medical și limitarea numărului de întruniri au schimbat viața de zi cu zi a oamenilor.

Potrivit evaluării FMI, măsurile luate pentru a preveni răspândirea virusului vor avea consecințe economice atât de grave, încât GDP-ul Italiei va reveni la nivelul din 2019 în aproximativ 2025.¹¹ Trebuie remarcat faptul că s-au limitat posibilitățile de a lucra, în consecință producția a scăzut și s-au schimbat și obiceiurile de cumpărături ale societății de consum.

Epidemia COVID 19 a pus statele membre ale Uniunii Europene într-o stare de urgență, unde liderii trebuiau să decidă ce salvează economia sau viețile umane. În lucrarea *The economics of the COVID-19 pandemic: an assessment*, autorii evidențiază necesitatea de a face față unei probleme dualiste ca urmare a crizei, deoarece unul este costul bolilor virale și al îngrijirii bolnavilor și costul deceselor asociate, pe de altă parte apare costul măsurilor de încetinire al virusului.¹²

Guvernele statelor membre ale Uniunii Europene au lucrat pentru a încetini răspândirea infecției, astfel încât să poată reduce povara deasupra instituțiilor medicale, având în vedere capacitatea limitată. Asistența medicală a stabilit priorități din cauza crescută a bolilor, iar numărul angajaților a fost modificat conform situației. Consecința inevitabilă a fost reorganizarea sistemului medical și, astfel, o parte din tratamente și beneficii au fost amânate. Pentru a crește capacitatea, furnizorii privați au fost implicați și în îngrijirea locală, drept urmare serviciile instituțiilor de sănătate private au fost suspendate.¹³

Pentru a crește în capacitatea și a aborda criza cauzată de epidemia COVID-19, Uniunea Europeană solicită integrarea și implicarea migranților.

„Asigurăm persoanelor care au dreptul să rămână că vor fi integrate și binevenite. Au un viitor pe care îl pot construi – cu abilitățile, energia și talentul lor.”¹⁴ Putem citi mai întâi cuvintele lui Ursula von der Leyen, președintele Comisiei Europene în Planul de acțiune privind integrarea și incluziunea 2021-2027. care prevede că 34 milioane de persoane trăiesc pe teritoriul Eurăpei care s-au născut în afara Uniunii Europene iar 10% din populația Uniunii - cu vârste cuprinse între 15 și 34 de ani – care s-au născut în Uniunea Europeană, dar unul dintre părinți s-a născut în străinătate.

Un aspect important al Uniunii este necesitatea de a primi și a integra pe cei sosiți în Europa, pe motiv că asigură stabilitatea economică și bunăstarea socială pe termen

¹¹ The Economist: From acute to chronic. The IMF predicts that the world economy will suffer from 'long covid.' 2020. 10. 17. in <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/10/17/the-imf-predicts-that-the-world-economy-will-suffer-from-long-covid> (2021. 05. 01.)

¹² Susskind, Daniel, Vines, David.: *The economics of the COVID-19 pandemic: an assessment*. Oxford Review of Economic Policy, Vol. 36. Number S1, 2020, (1-13.) pagina 5-6 in https://academic.oup.com/oxrep/article/36/Supplement_1/S1/5899022 (2021.05.03.)

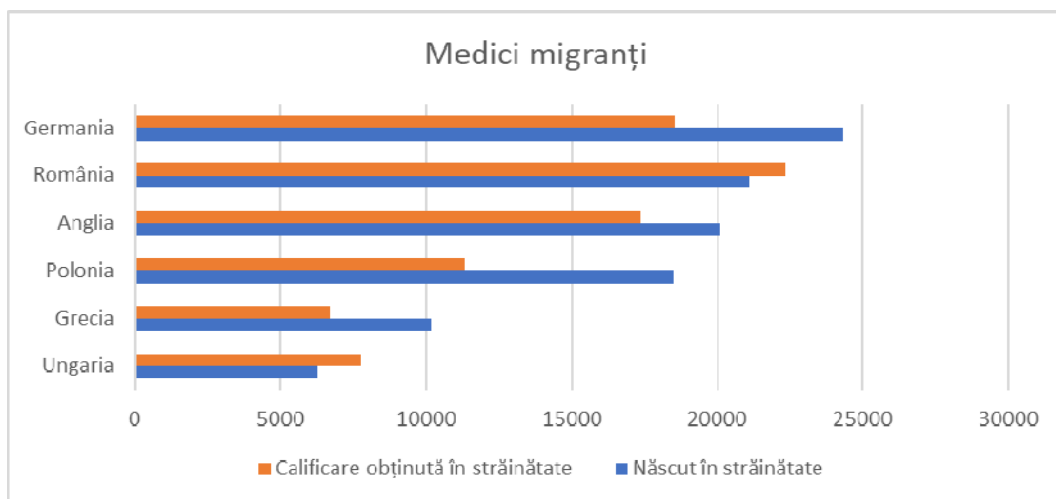
¹³ Katona Márton-Petrovics Nándor: Válság és együttműködés. A koronavírus -járvány okozta lehetséges intézményi változások és a kooperatív közszolgáltatások. *Közgazdasági Szemle, LXVIII. évfolyam*, 2021. január (76-95.) pagina 83. in <http://www.kszemle.hu/tartalom/cikk.php?id=1948> (2021. 03. 01.)

¹⁴ European Commission: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Action plan on Integration and Inclusion 2021-2027, Brussels, 24. 11. 2020, COM(2020) 758 final, pagina 1 in https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/pdf/action_plan_on_integration_and_inclusion_2021-2027.pdf

lung. Criza cauzată de COVID-19 poate fi rezolvată cu ajutorul migranților: „UE va avea nevoie de toată lumea pentru a-și ajuta economia să-și revină și să se consolideze în urma COVID-19.”¹⁵ În introducerea planului de acțiune, se subliniază necesitatea de a se asigura că toată lumea are posibilitatea de a-și exercita drepturile și de a participa la viața comunitară și socială în mod egal, respectând valorile europene comune consacrate în tratate și în Carta Drepturile fundamentale ale Uniunii Europene, referitor la democrație, la statul de drept, la libertatea de exprimare, la exercitarea liberă a religiei și la egalitate și nediscriminare.

Din punctul de vedere al Uniunii Europene, primirea efectivă și integrarea migranților în Uniunea Europeană este, de fapt, o investiție socială și economică care va face comunitățile europene mai coezive și mai prospere.

Uniunea a recunoscut deja necesitatea de a se concentra nu numai pe integrarea migranților nou-sosiți, ci și pe primirea celor care au dobândit cetățenia unui stat membru al Uniunii Europene, dar care are trecut de migrant. Planul de acțiune menționează faptul că mulți dintre migranți au contribuit la abordarea crizei cauzate de COVID-19, în calitate de angajați, medici și asistenți medicali.

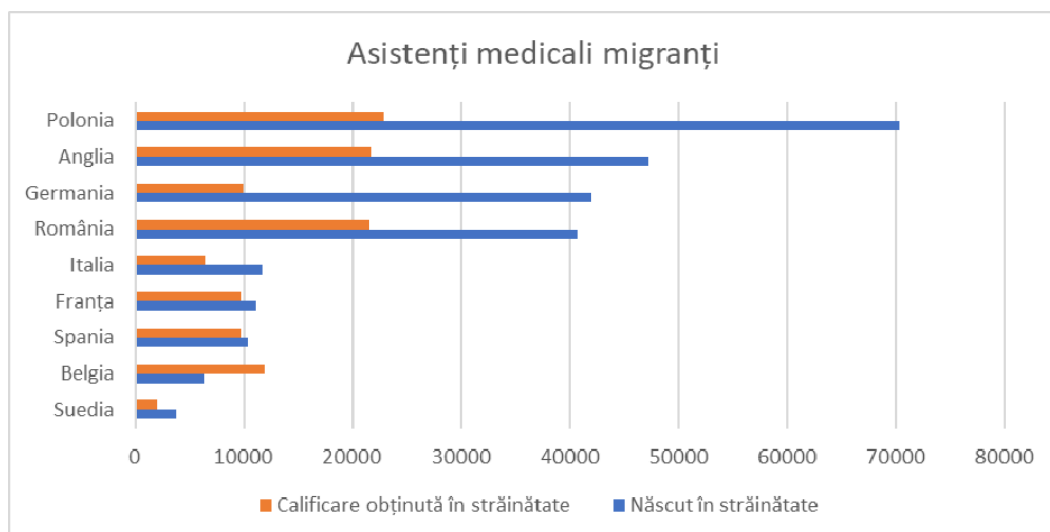


Tabel nr. 2.

Editat de autor după datele din Organisation for Economic Co-operation and Development Policy Responses to Coronavirus (COVID 19). Contribution of migrant doctors and nurses to tackling COVID-19 crisis in OECD countries.

13. mai 2020. in <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/contribution-of-migrant-doctors-and-nurses-to-tackling-covid-19-crisis-in-oecd-countries-2f7bace2/> (2021.05.03)

¹⁵ European Commission: Integration. p. 2.



Tabel nr. 3.

Editat de autor după datele din Organisation for Economic Co-operation and Development Policy Responses to Coronavirus (COVID 19). Contribution of migrant doctors and nurses to tackling COVID-19 crisis in OECD countries. 13. mai 2020. in <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/contribution-of-migrant-doctors-and-nurses-to-tackling-covid-19-crisis-in-oecd-countries-2f7bace2/> (2021.05.03)

Conform datelor Eurostat,¹⁶ în 2019 doar ¼ migranții aveau studii superioare. Uniunea Europeană crede că, dacă poate să integreze pe deplin migranții, aceștia pot ajuta în dialogul cu țările din afara Uniunii Europene. Accesul la sistemul medical este o prioritate, deoarece COVID-19 a avut impact și asupra migranților.

Criza cauzată de epidemia de sănătate a necesitat integrarea și primirea migranților pentru ca economia Uniunii Europene să își revină. Prin urmare, Uniunea Europeană consideră că este important să se ia următoarele măsuri în planul de acțiune:

- Migranții cu studii superioare ar trebui să fie integrați pe piața muncii cât mai curând posibil, contribuind astfel cu cunoștințele lor la o creștere economică, consolidând astfel instituțiile de pensii. Pentru a realiza acest lucru, recunoașterea și legalizare calificărilor obținute în afara Uniunii Europene trebuie recunoscute cât mai rapid și mai ușor. Fenomenul „Lack of knowledge” a pune în prim plan procesele educaționale practice. Profesorii sunt așteptați să dobândească abilități pentru transferarea cunoștințelor într-o clasă multiculturală și multilingvă.
- Sistemul medical ar trebui pus la dispoziția migranților, pentru că des lucrează în locuri cu contact strâns, ceea ce le pune sănătatea în pericol și crește posibilitatea să se infecteze cu virusul COVID. Mai mult, se așteaptă ca refugiații să aibă un risc mai mare de traume, care provin din condițiile oferite de țara de origine, procesul migrațional și dificultățile de sosire, precum izolarea și discriminarea. Problemele de sănătate fizică și mentală menționate mai sus trebuie abordate cât

¹⁶ Eurostat, statistics explained: Migrant integration statistics – education in https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migrant_integration_statistics_-_education (2021. 04. 15.)

mai repede posibil pentru a deveni membri valoroși pe piața muncii, contribuind astfel la stabilitatea economică a Europei.

- În contextul integrării pentru societatea europeană, ar trebui formulate orientări pentru a asigura integrarea rapidă și eficientă a migranților nou-sosiți. Aceasta înseamnă că principalele linii directoare trebuie să fie adaptate pentru a se potrivi nevoilor specifice ale diferitelor comunități.
- Ar trebui oferite locuințe adecvate și acces digital pentru ca antreprenorii migranți sau antreprenorii europeni să promoveze creșterea economică. În acest scop, trebuie promovat comerțul imobiliar la prețuri accesibile.¹⁷

Integrarea efectivă a migranților pe piața muncii necesită o cooperare strânsă între autoritățile locale, regionale și europene. Pentru ca procesul de integrare să aibă succes, responsabilitatea revine nu numai unei singure comunități, ci și a migranților, a comunităților gazdă, a autorităților, a instituțiilor, a partenerilor sociali și economici, a bisericilor și a sectorului privat.

Se estimează că populația Uniunii Europene va îmbătrâni, iar numărul muncitorilor activi ar putea scădea cu până la 20 de milioane în următorii 20 de ani.

Oamenii care părăsesc piața muncii trebuie înlocuiți pentru ca stabilitatea economică să fie durabilă.¹⁸

Pe de altă parte, este clar că migrația joacă un rol major în răspândirea epidemiei. Creșterea migrației și criza cauzată de COVID-19 au întărit problema că oare Uniunea Europeană este pregătită să facă față crizei europene actuale. Literatura disponibilă raportează că migranții care sosesc în Uniunea Europeană sunt mai susceptibili la boli decât populația medie și pot avea, de asemenea, noi boli care încă trebuie abordate în ceea ce privește politica de sănătate. Ca boli specifice, literatura evidențiază de obicei în cazul migranților tuberculoza și HIV / SIDA. În 2005, 19% din toate cazurile de TBC din Uniunea Europeană au fost diagnosticate la persoane născute în afara Uniunii Europene. În același an, HIV / SIDA a fost detectat la 24% din aproximativ 700.000 de cazuri, adică la 170.000 de persoane non-europene. Dezvoltarea majorității bolilor se datorează prevalenței ridicate a infecției în țara de origine, care se datorează lipsei de igienă și a îngrijirii sănătății precare.¹⁹

Dacă analizăm situația actuală din Europa, devine clar că în Uniune apare o situație de criză complexă, cu mai multe segmente. Pentru a evalua situația generală, trebuie să analizăm situația din Bosnia și Herțegovina, unde majoritatea migranților doresc în prezent să emigreze într-unul dintre statele membre ale Uniunii Europene.

Nikolaus Harbusch, editor al revistei Bild, relatează că, în martie 2021, Thomas Voshaart, directorul medical al clinicii de plămâni de la spitalul Bethanien din Moers, Westfalia, a declarat că guvernul german nu dorește în mod deliberat să raporteze că 90% dintre persoanele care suferă din cauza corona virusului sunt migranți din prima sau din a doua generație.

¹⁷ European Commission: Integration. p. 1-25

¹⁸ Szilárd István-Baráth Árpád: Migráció és egészségügyi biztonság: új foglalkozás-egészségügyi kihívások. Pécsi Határőr Tudományos Közlemények 12, 2011. (269-278.) pagina 269. in <http://www.pecshor.hu/periodika/XII/szilard.pdf> (2021.02.11.)

¹⁹ Révai Róbert, Görbe Attiláné Zán Krisztina: Egészség és migráció az Európai Unióban és Magyarországon. Hadmérnök, IV évfolyam, 2. szám, 2009 június. pagina 169-170 in http://real.mtak.hu/80220/1/HadmC3A9rnC3B6k20IV_u.pdf (2021. 02. 14.)

Lothar Wieller, președintele Institutului Robert Koch, subliniază că mai mult de jumătate dintre pacienții care primesc îngrijiri medicale în unitatea de terapie intensivă sunt musulmani. Această rată de îmbolnăvire este mai înspăimântătoare, având în vedere că doar 4,8% din populația germană este musulmană.²⁰

Nermina Cemalovic, șeful autorității sanitare din Bosnia și Herțegovina, și-a exprimat îngrijorarea cu privire la numărul tot mai mare de migranți infectați cu corona virus: „Suntem îngrijorați de faptul că un număr semnificativ de migranți pozitivi la COVID se află în afara taberei și nu pot fi înregistrați.”²¹ Există aproximativ 6.000 de migranți în Bosnia a căror stare de sănătate nu poate fi complet cartografiată și care încearcă să intre într-unul dintre statele membre prin Croația.²²

Efectele integrării. Concluzii

Europa secolului XXI se confruntă cu o schimbare socială, culturală, religioasă și identitar-politică care obligă Uniunea Europeană și statele sale membre să revizuiască normele legale adoptate până acum. Obiectivele care trebuie atinse sunt următoarele:

- (1) prevenirea apariției societăților paralele într-un mediu multicultural, promovarea integrării;
- (2) dezvoltarea unui ideal identitar-politic modern, astfel încât individul să fie recunoscut pe baza competențelor sale și nu grupul să câștige valabilitate, reducând astfel formarea grupurilor cu puncte de vedere extremiste;
- (3) consolidarea politicii de securitate, a protecției sociale și a securității interne cauzate de situația migrației, solicitând măsuri în acest scop; eliminarea comunităților segregate, regândirea educației și a incluziunii pe piața muncii;
- (4) protecția practicii libere a religiei, expulzarea persoanelor și a grupurilor care profesează opinii extremiste;
- (5) consolidarea comunicării și asistenței acordate țărilor în lupta împotriva epidemiei.

Toate acestea reflectă cauzele situației sociale actuale, a căror soluție poate fi obținută ca urmare a deceniilor de procese de muncă. Procesul de euro-islamizare semnalat de Bassam Tibi este încă în desfășurare.²³ Europa și Uniunea Europeană trebuie să își găsească identitatea și să acorde prioritate protecției cetățenilor statelor membre și să asigure statul de drept. În ceea ce privește interzicerea expulzării sau returnării, articolul 33 în primul și al doilea paragraf din Convenția ONU de la Geneva din 1951 privind statutul refugiaților are următorul cuprins: Niciun stat contractant nu poate expulza sau returna un refugiat la granița teritoriului unei țări dacă viața sau libertatea sa sunt puse în pericol din motive de rasă, religie, naționalitate sau apartenență politică sau opinie politică. Cu toate acestea, beneficiul acestei dispoziții nu se aplică asupra unui refugiat care pune în pericol securitatea țării pe teritoriul căruia se află sau care, fiind condamnat pentru o infracțiune deosebit de

²⁰ Nikolaus Harbusch: Hoher Anteil von Intensivpatienten mit Migrationshintergrund. RKI-Chef: „Es ist ein Tabu.” Bild, 2021.03.05., 08:37, <https://www.bild.de/bild-plus/politik/inland/politik-inland/corona-patienten-mit-migrationshintergrund-rki-chef-es-ist-ein-tabu-75598632,view=conversionToLogin.bild.html> (2021.04.14.)

²¹ MacGregor, Marion: Bosnia: COVID-19 infections rising in migrant camps. InfoMigrants, published on 2021.04.09. in <https://www.infomigrants.net/en/post/31430/bosnia-covid-19-infections-rising-in-migrant-camps> (2021.05.01.)

²² MacGregor, Marion: Bosnia: COVID-19

²³ Bassam Tibi: Europa ohne Identität? Leitkultur oder Wertebeliebigkeit. Siedler Taschenbücher, München, 2002

gravă, reprezintă o amenințare pentru populație din acea țară.”²⁴ Cu toate acestea, dacă ne uităm la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, nu putem spune întotdeauna că decizia servește pentru a protecția statelor membre. Ne putem gândi fie la Saadi împotriva Italiei, fie la Chahal împotriva Regatului Unit. În ambele cazuri, s-ar putea demonstra o legătură cu grupările teroriste, dar Curtea Europeană de Justiție a decis în ambele cazuri în temeiul articolului 3 din Convenția europeană a drepturilor omului care prevede că: „Nimeni nu va fi supus torturii, la inumane sau degradante deportare și a declarat în decizia sa că, deși statele trebuie să își protejeze comunitățile de violența teroristă, al cărei pericol nu este subestimat de Curte, natura absolută a articolului 3 nu poate fi pusă sub semnul întrebării.”²⁵ Instanța a ignorat faptul că cetățeanul tunisian, Nasim Saadi, a fost condamnat de Tribunalul Militar Tunisian la douăzeci de ani de închisoare pentru terorism.²⁶

Trebuie să fim conștienți de toate acestea atunci când dorim să definim în continuare directive cu o singură intenție europeană. Statul de drept al statelor membre ale Uniunii Europene este sub o amenințare din cauza migrației.

O comunicare mai strânsă între statele membre și stabilirea unor obiective și directive comune ar contribui în mare măsură la dezvoltarea unor identități politice europene unificate, ale cărei aspirații ar trebui să fie responsabile pentru practicarea hotărârilor judecătorești. Mai mult, prin faptul că nu renunță la moștenirea culturală, religioasă și națională deja dezvoltată, este posibil să se permită integrarea și pentru alte etnii. În ceea ce privește legislația, trebuie clarificat populației musulmane care vine în Europa că, datorită secularizării, populația europeană are o abordare dualistă, cu accent pe jurisprudență.

Dacă vorbim despre o Europă în schimbare, pe lângă amenințare, trebuie exprimată și criza economică și de sănătate provocată de COVID-19. Este o idee îndrăznească, bazată pe faptele de mai sus, să argumentăm că un mediu de imigrare ar fi soluția pentru a atenua criza, a restabili stabilitatea economică sau a crește capacitatea de îngrijire a sănătății. Ca să nu mai vorbim că Planul de acțiune al Uniunii Europene pentru integrare și incluziune în 2021-2027 nu folosește instrumentele legale pentru a păstra și a consolida existența socială, sănătatea și securitatea Comunității Europene, ci face pași pozitivi către migranți. Examinând propunerile din planul de acțiune pentru a facilita accesul migranților la serviciile de sănătate sau pentru a reduce prețurile proprietăților pentru a trăi în condiții mai bune, putem spune că aceste măsuri nu promovează stabilitatea economică a Europei, ci pun o povară economică asupra Statelor membre ale Uniunii Europene. Uniunea Europeană cere statelor membre să integreze migranții, să schimbe prioritățile convenite până acum, astfel încât migranții cu fond musulman să se poată integra.

Migrația este un punct focal al infecției în epidemia COVID-19. Statele membre ale Uniunii Europene decid să pună în carantină, să interzică accesul, să reproiecteze sistemul

²⁴ (Legea nr. 15 din anul 1989.) 1989. évi 15. törvényerejű rendelet a menekültek helyzetére vonatkozó 1951. évi július hó 28. napján elfogadott egyezmény, valamint a menekültek helyzetére vonatkozóan az 1967. évi január hó 31. napján létrejött jegyzőkönyv kihirdetéséről. Lásd <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=98900015.tvr> (2020.12.10.)

²⁵ Chamber, Grand: Case of Saadi vs Italy, Judgement, 28 February 2008, Application no 37201/06, Strasbourg. in https://www.legislationline.org/download/id/3975/file/ECHR%20case%20law_Case%20of%20Saadi%20vs%20Italy_2008.pdf (2020.12.02).

²⁶ Gyulai Gábor – Mink Júlia – IVÁN Júlia: Kiutasítás és emberi jogok. A legfontosabb emberi jogi kötelezettségek gyakorlati alkalmazása a kiutasítás bírói elrendelése vagy felülvizsgálata során. Curs. in http://helsinki.hu/wp-content/uploads/helsinki_birojegyzet2012_final.pdf (2020. 12. 02.).

medical pentru a reduce virusul și a salva vieți, precum în realitate și situația din Bosnia, așa cum au fost descrise de liderii spitalelor germane din Germania, dar Uniunea Europeană încă vede soluția în imigranți.

Bibliografie:

- Bassam Tibi: Europa ohne Identität? Leitkultur oder Wertebelibigkeit. Siedler Taschenbücher, München, 2002
- Chamber, Grand: Case of Saadi vs Italy, Judgement, 28 February 2008, Application no 37201/06, Strasbourg. in https://www.legislationline.org/download/id/3975/file/ECHR%20case%20law_Case%20of%20Saadi%20vs%20Italy_2008.pdf (2020.12.02)
- Csanády Márton Tamás – Személyi László: BrainDrain, Közelkép a diplomás magyarokról, Századvég 2006/41.
- Dr. Dezső Tamás: Demográfia és Migráció. A muszlim világ népességgrobbanásának okai és következményei. (Kutatási vázlat), Migrációkutató Intézet 2018. 11. 05. in <https://www.migraciokutato.hu/wp-content/uploads/2018/12/Demogr%C3%A1fia-%C3%A9s-migr%C3%A1ci%C3%B3-2.pdf> (2019.10.07.)
- Gyulai Gábor – Mink Júlia – Iván Júlia: Kiutasítás és emberi jogok. A legfontosabb emberi jogi kötelezettségek gyakorlati alkalmazása a kiutasítás bírói elrendelése vagy felülvizsgálata során. Curs. in http://helsinki.hu/wp-content/uploads/helsinki_birojegyzet2012_final.pdf (2020. 12. 02.)
- Katona Márton-Petrovics Nándor: Válság és együttműködés. A koronavírus -járvány okozta lehetséges intézményi változások és a kooperatív közszolgáltatások. Közgazdasági Szemle, LXVIII. évfolyam, 2021. január (76-95.) in <http://www.kszemle.hu/tartalom/cikk.php?id=1948> (2021. 03. 01.)
- Korinek László: Kriminológia 1., Magyar Közlöny Kiadó, Budapest 2010.
- MacGregor, Marion: Bosnia: COVID-19 infections rising in migrant camps. InfoMigrants, published on 2021.04.09. in <https://www.infomigrants.net/en/post/31430/bosnia-covid-19-infections-rising-in-migrant-camps> (2021.05.01.)
- Massey, Douglas S.- Goldring, Luin - Durand, Joreg: Folyamatosságok a transznacionális migrációban: tizenkilenc mexikói közösség elemzése. Sík Endre szerkesztésében: A migráció szociológiája 2. ELTE TáTK, Budapest 2011.
- Nikolaus Harbusch: Hoher Anteil von Intensivpatienten mit Migrationshintergrund. RKI-Chef: „Es ist ein Tabu.”Bild, 2021.03.05., 08:37, <https://www.bild.de/bild-plus/politik/inland/politik-inland/corona-patienten-mit-migrationshintergrund-rki-chef-es-ist-ein-tabu-75598632,view=conversionToLogin.bild.html> (2021.04.14.)
- Papp András László: Mozgásszabadság. Alkotmányjogi és nemzetközi jogi alapok. L'Harmattan Kiadó, Budapest 2009.
- Révai Róbert, Görbe Attiláné Zán Krisztina: Egészség és migráció az Európai Unióban és Magyarországon. Hadmérnök, IV évfolyam, 2. szám, 2009 június. in

- http://real.mtak.hu/80220/1/HadmC3A9mC3B6k20IV._u.pdf (2021.02.14.)
- Susskind, Daniel, Vines, David.: The economics of the COVID-19 pandemic: an assessment. Oxford Review of Economic Policy, Vol. 36. Number S1, 2020, (1-13.) in https://academic.oup.com/oxrep/article/36/Supplement_1/S1/5899022 (2021.05.03.)
- Szalkai Attila: A kényszermigráció biztonságpolitikai kockázata a 21. század elején. Nemzet és Biztonság 2010/3.
- Szilárd István-Baráth Árpád: Migráció és egészségügyi biztonság: új foglalkozás-egészségügyi kihívások. Pécsi Határőr Tudományos Közlemények 12, 2011. (269-278.) in <http://www.pecshor.hu/periodika/XII/szilard.pdf> (2021.02.11.)
- The Economist: From acute to chronic. The IMF predicts that the world economy will suffer from 'long covid.' 2020. 10. 17. in <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/10/17/the-imf-predicts-that-the-world-economy-will-suffer-from-long-covid> (2021. 05. 01.)
- European Commission: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Action plan on Integration and Inclusion 2021-2027, Brussels, 24. 11. 2020, COM(2020) 758 final in https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/pdf/action_plan_on_integration_and_inclusion_2021-2027.pdf
- Eurostat, Statistics explained: Archive: A migrációra és a migráns népességre vonatkozó statisztika in https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/hu&oldid=494226
- Eurostat, statistics explained: Migrant integration statistics – education in https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migrant_integration_statistics_-_education (2021. 04. 15.)
2007. évi LXXXIX. törvény az államhatárról in <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0700089.tv>
1989. évi 15. törvényerejű rendelet a menekültek helyzetére vonatkozó 1951. évi július hó 28. napján elfogadott egyezmény, valamint a menekültek helyzetére vonatkozóan az 1967. évi január hó 31. napján létrejött jegyzőkönyv kihirdetéséről. in <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=98900015.tvr> (2020.12.10.)

JUSTIȚIA CONSTITUȚIONALĂ ÎN ROMÂNIA

CONSTITUTIONAL JUSTICE IN ROMANIA

Florin Călin MATEI¹

Rezumat:

Prezenta lucrare are ca scop principal prezentarea justiției constituționale din România. Evoluția istorică și juridică ne relatează faptul că justiția constituțională are ca principală misiune asigurarea supremației Constituției. Constituția este legea supremă a fiecărui stat, aceasta nu reprezintă doar o simplă culegere de reguli de conduită pentru o societate, ea reprezintă “cartea de identitate” a unei națiuni. Supremația Constituției plasează Legea Supremă în vârful piramidei actelor normative. Autoritatea cu rol de garant al supremației Constituției în România este Curtea Constituțională, formată din judecători care verifică conformitatea întregului ansamblu normativ cu Constituția, aceștia având calitatea de “gardieni ai Constituției”. Fiecare cetățean are datoria de a proteja Constituția, deoarece așa cum reiese dintr-un citat din popor: “Constituția rămâne o simplă barieră de hârtie, dacă cetățenii nu sunt suficient de vigilenți pentru a o apăra”.

Cuvinte cheie: *Constituție, Justiție constituțională, constituționalizare, control de constituționalitate.*

Abstract:

My present work points out the importance of Constitutional Justice in Romania. Its historical and legal background suggests that the main mission of Constitutional Justice is to ensure the supremacy of the Constitution. The constitution is the supreme law of every state, not just a collection of rules for the entire society, yet it represents the ID of a nation. The supremacy of the Constitution places this important document on the top of the legal pyramid. The Constitutional Court is the main authority ensuring the supremacy of the Constitution and it is formed by judges that verify the entire legal frame to be according to the Constitution, therefore we can name them „guardians of the Constitution”. According to an old saying stating that „ Constitution remains a mere piece of paper if citizens are not vigilant enough to defend it”, every citizen has the duty to protect the Constitution.

Key words: *Constitution, Constitutional Justice, constitutionalization, constitutionality control.*

I. Justiție constituțională, Constituție, supremația Constituției

Justiția constituțională a fost definită ca fiind “*ansamblul instituțiilor și tehnicilor prin mijlocirea cărora este asigurată, fără restricție, supremația Constituției.*” Aceasta desemnează instituțiile și procedurile specifice prin care se realizează controlul de constituționalitate al legilor, precum și garantarea supremației Constituției într-un stat de drept. În consecință, vorbim despre o justiție exclusivă care deține monopolul contenciosului constituțional.²

Justiția constituțională funcționează ca un control judecătoresc al legilor, dar care nu se rezumă la atât asemeni cum vom vedea pe parcurs. Doctrina arată următoarele apanaje ale justiției constituționale precum: rolul de arbitru în conflictele politice, asigurarea unei tranziții liniștite și corecte a puterii, asigurarea, respectiv refacerea prestigiului Constituției, îndreptarea și adaptarea acesteia.³

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea din Oradea;

² Tudorel Toader, Marieta Safta, *Contencios Constituțional*, Ed. Hamangiu, București 2020, Ediția 2, pag 1;

³ *Ibidem*;

Experiența istorică ne reliefează faptul că încă din cele mai vechi timpuri națiunile își doreau ca organizarea și exercitarea puterii politice dintr-un stat să fie exprimată printr-un set de legi care de-alungul timpurilor vor dobândi denumirea de Constituție.

Din punct de vedere etimologic, cuvântul “*constituție*” provine din latinescul *constitutio* care înseamnă dispoziție, ordin.⁴

Lupta împotriva puterii absolute, a avut drept consecință apariția Constituțiilor scrise, iar principalul document, care datează încă din anul 1215, este Magna Charta Libertatum, document care a stat la baza Constituției americane (1787)⁵

Datorită rolului de lege fundamentală și semnificației sale au început să fie judecate, în raport cu dispozițiile și prevederile sale, atât actele și acțiunile factorilor politici, cât și legile și instituțiile statului. În consecință, în situația în care acestea nu satisfac exigențele constituționale sunt lipsite de legitimitate, prin urmare sunt lipsite și de forța obligatorie.⁶ Un exemplu în acest sens îl constituie prevederile articolului VI din Constituția Statelor Unite ale Americii, paragraful al doilea, care prevede că: “*Prezenta Constituție și legile Statelor Unite care vor fi elaborate în temeiul ei și toate tratatele încheiate sau care vor fi încheiate sub autoritatea Statelor Unite vor forma legea supremă a țării; judecătorii din fiecare stat vor fi obligați prin cele de mai sus să le aplice, înlăturând de la aplicare orice prevedere contrară Constituției sau legilor oricăruia dintre state.*”⁷

Mai mulți autori precum și doctrina au elaborat mai multe definiții date constituțiilor, însă noi o vom reține pe următoarea considerând-o una completă. Astfel, “*Constituția reprezintă legea supremă a oricărui stat, care este un act politico-juridic fundamental, inspirat de o anumită filozofie politică și socială și adoptat de națiune sau în numele ei, pentru a stabili titularul puterii politice, modalității concrete de exercitare a puterii, forma de stat, modul de organizare și de funcționare ale puterii statului și raporturile între acestea, principiile generale ale ordinii juridice a societății, raporturile statului cu societatea civilă, precum și drepturile și îndatoririle cetățenilor, act care este adoptat și revizuit potrivit unei proceduri speciale și solemne.*”⁸

Din prezenta definiție reies următoarele trăsături ale Constituției: aceasta are caracter de lege, în concret de lege fundamentală care privește puterea de stat, reglementează relațiile sociale fundamentale considerate esențiale pentru instaurarea, menținerea și exercitarea puterii de stat, forța juridică supremă, forma sistematică, stabilitate și desigur necesitatea unor proceduri specifice privitoare la adoptarea și modificarea acesteia.⁹

Este important de precizat că există două feluri de constituții: Constituții cutumiare, cum este cazul Marii Britanii, și Constituții scrise cum este cazul României. Totodată, Constituția îndeplinește două funcții: o funcție juridică și o funcție politică.

În strânsă legătură cu Constituția se află termenul de supremație a Constituției. Acest principiu consacră valoarea juridică superioară a Constituției față de celelalte norme de drept. Astfel, toate actele normative adoptate de Parlament și Guvern precum și actele

⁴ *Ibidem*, pag 7;

⁵ *Ibidem*, pag 8;

⁶ *Ibidem*;

⁷ Constituția Statelor Unite ale Americii, traducere Elena Simina Tănăsescu, Nicolae Pavel, Ed. All Beck, București 2002;

⁸ Cristian Ionescu, *Tratat de drept constitutional contemporan*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București 2019, pag 224;

⁹ Tudorel Toader, Marieta Safta, *Contencios Constituțional*, Ed. Hamangiu, București 2020, Ediția 2, pag 16;

emise de celelalte autorități publice trebuie să se conformeze normelor și principiilor constituționale.¹⁰ Poate fi considerat un precept sacru, intangibil, principiul supremației Constituției în sistemul juridic al unui stat. Ea se află în vârful piramidei tuturor actelor juridice, ea legitimează puterea, conferind guvernanților autoritate, îndreptățindu-le deciziile și garantându-le aplicarea.¹¹

Sistemul juridic nu este un sistem nediferențiat, ci dimpotrivă există o ierarhizare a normelor pe diferite niveluri asemeni unei piramide în vârful căreia se situează Constituția ca Lege Supremă. Astfel, prin raportare la Constituție se apreciază validitatea tuturor actelor și faptelor social-economice, acte care se află într-o relație de subordonare față de Legea fundamentală. Aceste acte putând forma obiectul controlului de constituționalitate exercitat de instanța de contencios constituțional.¹²

Un factor determinat al supremației Constituției, care justifică și ideea de control de constituționalitate al legilor constă în faptul că dispozițiile și principiile consacrate în Legea Supremă reglementează raporturile de putere și exprimă voința suverană a poporului în materie de guvernare.¹³

Potrivit principiul supremației Constituției, orice act alt normativ adoptat de o autoritate publică competentă trebuie să fie în conformitate cu textele constituționale sub sancțiunea nulității acestuia. Nulitatea trebuie constatată și pronunțată de autoritatea chemată să examineze constituționalitatea actului normativ. În România, singura autoritate care are competența în materie de contencios constituțional este Curtea Constituțională a României. Prin decizia autorității competente chemate să se pronunțe asupra constituționalității actelor normative dacă se constată că sunt neconstituționale legea devine inaplicabilă.¹⁴ Având în vedere calitatea României de stat membru al Uniunii Europene ar trebui să ne punem întrebarea care norme se aplică dacă se ivește un conflict între normele unionale și normele interne din care face parte și Constituția? Răspunsul la această întrebare este simplu normele de drept unional se aplică cu prioritate. Altfel spus, dreptul european ar dispune de supremație asupra dreptului național, de vreme ce forța executivă a acestuia nu trebuie să varieze de la un stat la altul.¹⁵ Sintetizând cele menționate, dreptul european se aplică cu prioritate în raport cu dreptul național, primul aflându-se în raport de supraordonare față de al doilea.

II. Controlul de constituționalitate

Controlul de constituționalitate poate fi definit ca fiind activitatea organizată de verificare a conformității legii cu Constituția. În principiu, controlul constituționalității legilor privește numai legea ca act juridic elaborat și adoptat de Parlament sau actele normative cu forță juridică egală cu a legii.¹⁶

¹⁰ Cristian Ionescu, *op.cit.*, pag 282;

¹¹ Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pag 221;

¹² Tudorel Toader, Marieta Safta, *op.cit.*, pag 1, 18;

¹³ Cristian Ionescu, *op.cit.*, pag 283;

¹⁴ *Ibidem*;

¹⁵ Robert Schutze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, traducere Mihaela Banu, Mihai Banu, Editura Universitară, București 2012, pag. 348;

¹⁶ Tudorel Toader, Marieta Safta, *Contencios Constituțional*, Ed. Hamangiu, București 2020, Ediția 2, pag 50, 51;

Printr-o definiție puțin mai completă, “controlul de constituționalitate a legilor reprezintă ansamblul dispozițiilor normative care reglementează activitatea de verificare a conformității legilor și a altor acte normative cu dispozițiile Legii fundamentale.”¹⁷

Au fost propuse în principal trei sisteme pentru verificarea conformității legilor cu dispozițiile constituționale, acestea fiind: controlul exercitat de către un organ politic; controlul exercitat printr-un organ jurisdicțional; controlul exercitat de un organism politico-jurisdicțional.¹⁸

Datorită faptului că România a îmbrățișat controlul exercitat de un organism politico-jurisdicțional, propun să fac câteva precizări. Caracterul politic rezidă din modalitatea de numire a membrilor organismului respectiv, cum este cazul Curții Constituționale a României, iar caracterul jurisdicțional din procedura folosită pentru verificarea constituționalității legilor. Acest control prezintă câteva trăsături specifice: este un control concentrat, fiind de competența unei singure autorități (de ex: Curtea Constituțională a României și Consiliul Constituțional în Franța); este un control abstract, aceasta însemnând că se exercită pe cale de acțiune direct, fără existența unui litigiu anterior dedus judecării unei instanțe; poate fi atât anterior cât și posterior; controlul poate fi concret.¹⁹

Funcția de control al constituționalității legilor la început și-au asumat-o instanțele judecătorești, principalul moment reținut în istoria controlului fiind sfârșitul secolului al XVIII-lea, mai exact anul 1803 când a fost pronunțată Hotărârea Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii în cauza *Marbury v Madison*, această decizie marcând apariția modelului American de justiție constituțională. Situația de la acea dată fiind următoarea: nici Constituția Statelor Unite (Constituția federală) nici Constituțiile statelor americane nu prevedeau dreptul instanțelor judecătorești de a judeca constituționalitatea legilor, o lege federală a fost înlăturată astfel de o instanță judecătorească pe motiv că încalcă Constituția Statelor Unite ale Americii. În acest moment Curtea Supremă a afirmat propria competență de a realiza controlul constituționalității legilor.²⁰

De-alungul timpului, în societate s-au conturat două mari modele de control de constituționalitate, anume modelul american, exercitat de către o instanță judecătorească și modelul european, adesea numit și kelsenian, care este exercitat de către un organ unic, special și specializat de justiție constituțională.²¹

În continuare, voi prezenta succint câteva trăsături specifice celor două modele de control.

Modelul american de justiție constituțională presupune un control exercitat de instanțele judecătorești obișnuite care nu separă conflictul constituțional spre a fi judecat ca o chestiune prejudicială, ci se pronunță asupra tuturor aspectelor unui litigiu, unificarea practicii fiind realizată la vârf de Curtea Supremă în virtutea principiului autorității de precedent. Acest model prezintă un caracter difuz sau descentralizat, în sensul că dreptul de a sancționa neconstituționalitatea este recunoscut tuturor judecătorilor; judecătorul este chemat să se pronunțe asupra tuturor aspectelor unui litigiu; decizia instanței judecătorești are efecte relative.²²

¹⁷ Cristian Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București 2019, pag 288;

¹⁸ *Ibidem*, pag 288;

¹⁹ *Ibidem*, pag 307;

²⁰ Tudorel Toader, Marieta Safta, *Contencios Constituțional*, Ed. Hamangiu, București 2020, Ediția 2, pag 51, 52;

²¹ *Ibidem*, pag 58;

²² *Ibidem*, pag 59;

Cât privește modelul european, justiția constituțională se referă la crearea unui organ unic, special și specializat în exercitarea controlului constituționalității legilor. Cel care a fundamentat modelul european a fost Hans Kelsen. Prezentul model de control al constituționalității legilor prezintă următoarele trăsături: consacră un model concentrat sau centralizat de constituționalitate printr-un organ care are monopolul acestui control; modalitățile de sesizare specifice instanței de contencios constituțional; unicitatea acestei instanțe situată în afara celor trei puteri din stat; efectele *erga omnes* ale deciziilor pronunțate în cadrul controlului de constituționalitate.²³

Controlul de constituționalitate al legilor produce un efect fundamental în sistemul judiciar și anume constituționalizarea dreptului. Constituționalizarea dreptului constituie un fenomen complex ce are drept consecință realizarea unității dreptului și a ordinii juridice prin interacțiunea care se stabilește între normele Constituției și celelalte norme juridice de rang inferior. Acesta are ca principal rol, recunoașterea supremației Constituției pentru realizarea unei conformități a acesteia cu întregul sistem juridic. Factorul principal al constituționalizării dreptului îl constituie controlul de constituționalitate.²⁴

Cât privește controlul de constituționalitate din România, acesta se realizează de către Curtea Constituțională a României, de aici reiese cu claritate faptul că România a îmbrățișat modelul european, Curtea fiind o autoritate distinctă și independentă de celelalte autorități ale statului.²⁵ România a adoptat modelul european de control de constituționalitate al legilor din considerente de ordin istoric și geografic. Legislația Republicii este strâns legată de legislația continentală, ideea întărită și de poziționarea țării pe continental european. Totodată, legislația noastră este apropiată de legislația franceză în materie de justiție constituțională, influențele neezitând să fie observate. Nu putem trece cu vederea nici calitatea de stat membru al Uniunii Europene pe care îl are România. Prin prisma acestei calități justiția constituțională din țara noastră se află într-un proces de adaptare la legislația europeană. Privită în ansamblu, legislația română suferă modificări datorită aderării la Uniune, iar acest proces de adaptare se realizează sub verificarea de către Comisia europeană, prin Mecanismul de Cooperare și Verificare.

III. Curtea Constituțională a României

Curtea Constituțională a României este, potrivit articolului 142, "*garantul supremației Constituției*."²⁶

Sintagma de *garant al supremației Constituției* scoate în evidență poziția supraordonată a Constituției în cadrul ierarhiei sistemului juridic creând astfel o piramidă, întărind astfel sistemul garanțiilor supremației acesteia.²⁷

Cu privire la compunerea instanței de contencios constituțional, Curtea se compune din nouă judecători, numiți pentru un mandat de 9 ani, care nu poate fi reînnoit sau prelungit. Judecătorii Curții Constituționale a României trebuie să aibă o pregătire juridică superioară, precum și o înaltă competență profesională și o vechime de cel puțin 18 ani în activitatea

²³ *Ibidem*, pag 60;

²⁴ *Ibidem*, pag 65;

²⁵ *Ibidem*, pag 73;

²⁶ *Constituția României*, Editura Monitorul Oficial, București 2010;

²⁷ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României Comentariu pe articole*, Ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București 2019, pag 1284;

juridică sau în învățământul juridic superior.²⁸ Este ușor de înțeles că îndeplinirea funcției de judecător constituțional este o misiune dificilă și de o mare răspundere, în principal datorită impactului pe care deciziile Curții le au asupra instituțiilor care guvernează, acesta fiind și motivul existenței unor standarde atât de înalte, atât de ordin profesional cât și civic.²⁹

Judecătorii Curții Constituționale se bucură de independență și de inamovibilitate în exercitarea mandatului lor, pe toată durata acestuia. Caracterul independent al judecătorului constituțional se justifică întrucât aceștia exercită un mandat constituțional fiind astfel, nesubordonați celor care i-au numit. Iar inamovibilitatea constă în imposibilitatea celor care i-au numit de a-i revoca pe judecători.³⁰

Se pune întrebarea dacă judecătorii Curții ar trebui să fie aleși doar din categoria juriștilor care nu au avut și calitatea de oameni politici? Răspunsul la această întrebare, din punctul meu de vedere, ar trebui să fie unul afirmativ. Desigur că unii autori sunt de părere că un jurist care are și o experiență politică este mai bine pregătit pentru a fi numit judecător la Curte, deoarece privește cu alți ochi realitățile sociale, însă trebuie să ținem cont și de faptul că ar putea să îi fie afectată independența și imparțialitatea, deoarece va tinde să fie influențat de deciziile partidului din care a făcut anterior parte. Nu de puține ori au existat păreri diferite între judecătorii constituționali tocmai datorită faptului că o parte din ei, anterior numirii în calitatea de judecător, a avut calitatea de membrii în partidele politice.

Câteva cuvinte cu privire la numirea judecătorilor constituționali: 3 judecători sunt numiți de Președintele României, 3 judecători sunt numiți de Camera Deputaților, și 3 sunt numiți de Senat.³¹ Cu privire la numirile judecătorilor constituționali de către cele două Camere ale Parlamentului, în prealabil este audiat fiecare candidat în comisiile parlamentare de specialitate iar în urma unor modificări legislative alegerea se realizează cu votul majorității membrilor prezenți din fiecare Cameră la propunerea Biroului Permanent și pe baza recomandărilor Comisiei Juridice.³²

Odată numiți de autoritățile competente, judecătorii Curții Constituționale vor depune în fața Președintelui României și a președinților celor două Camere ale Parlamentului următorul jurământ: *“Jur să respect și să apăr Constituția, îndeplinindu-mi cu bună-credință și fără părtinire obligațiile de judecător al Curții Constituționale. Așa să-mi ajute Dumnezeu!”*³³

Momentul depunerii jurământului este un moment de o mare importanță, deoarece din acest moment judecătorii constituționali își încep mandatul, din acest moment ei sunt obligați de lege să își desfășoare activitatea cu profesionalism, iar deciziile lor să fie independente de orice influență politică.

Câteva precizări privitoare la actele și efectele actelor instanței de constencios constituțional. Curtea Constituțională, în exercitarea atribuțiilor sale adoptă decizii, hotărâri și emite avize. Deciziile Curții se publică în Monitorul Oficial al României, de la ceastă dată deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor. Faptul că deciziile

²⁸ *Constituția României, op.cit.*;

²⁹ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *op.cit.*, pag 1288;

³⁰ *Ibidem*;

³¹ *Constituția României*, Editura Monitorul Oficial, București 2010;

³² I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României Comentariu pe articole*, Ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București 2019, pag 1286;

³³ Legea 47 din 1992 privind Curtea Constituțională a României;

Curții produc efecte numai pentru viitor este o aplicare în materia controlului de constituționalitate a legilor a principiului general al neretroactivității.³⁴

Cât privesc atribuțiile Curții, această îndeplinește o serie de atribuții care sunt strict prevăzute și limitate de Constituție, dintre care voi aminti doar câteva: se pronunță asupra constituționalității legilor, înainte de promulgarea acestora, la sesizarea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere, a Guvernului, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Avocatului Poporului, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori, precum și, din oficiu, asupra inițiativelor de revizuire a Constituției; hotărâște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial; excepția de neconstituționalitate poate fi ridicată și direct de Avocatul Poporului; soluționează conflictele juridice de natură constituțională dintre autoritățile publice, la cererea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere, a primului-ministru sau a președintelui Consiliului Superior al Magistraturii; f) veghează la respectarea procedurii pentru alegerea Președintelui României și confirmă rezultatele sufragiului etc.³⁵

O problemă practică este pusă în discuție pe scena politică din România privitoare la poziționarea Curții Constituționale în cadrul uneia dintre cele trei puteri ale statului. La întrebarea: instanța de contencios constituțional face sau nu parte din puterea judecătorească? Apreciez că răspunsul este unul negativ, deoarece Curtea nu reprezintă o instanță de drept comun, ci o instituție specializată cu atribuții diferite.

IV Excepția de neconstituționalitate

În cele ce urmează vom detalia mai pe larg una dintre atribuțiile Curții Constituționale a României, și anume excepția de neconstituționalitate.

Controlul de constituționalitate exercitat de instanța de contencios constituțional prin mijlocirea excepției de neconstituționalitate este un control concret și ulterior, acesta rezultând dintr-un conflict constituțional apărut în procesul de aplicare al legii. Excepția de neconstituționalitate reprezintă o garanție a drepturilor, libertăților precum și a intereselor legitime ale cetățenilor prin care se permite accesul subiectelor particulare de drept la Curtea Constituțională, cu precizarea că este un acces indirect prin intermediul instanțelor de judecată, totodată fiind un mijloc prin care se exprimă calitatea de garant al supremației Constituției al Curții Constituționale. Aceasta este o excepție de drept public fiind un incident ivit în desfășurarea unui proces în fața instanței de judecată și are ca scop principal contestarea legitimității constituționale a unei prevederi dintr-o lege sau ordonanță de care depinde soluționarea cauzei.³⁶

Doctrina definește excepția de neconstituționalitate ca fiind “*un incident ivit în desfășurarea unui proces în fața instanței judecătorești, constând în contestarea legitimității constituționale a unei prevederi legale dintr-o lege sau ordonanță de care depinde judecarea cauzei.*”³⁷

³⁴ Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, *Contencios constitutional, Proceduri și teorie*, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București 2019, pag 305;

³⁵ *Constituția României*, Editura Monitorul Oficial, București 2010;

³⁶ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României Comentariu pe articole*, Ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București 2019, pag 1305;

³⁷ Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, *Contencios constitutional, Proceduri și teorie*, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București 2019, pag 141;

Este important de menționat pentru o mai bună înțelegere și pentru a nu confunda excepția de neconstituționalitate cu obiecția de neconstituționalitate. Astfel, obiecția de neconstituționalitate reprezintă un control anterior al constituționalității legilor, un control realizat anterior promulgării unei legi, Curtea fiind sesizată pe o acțiune directă iar nu printr-o încheiere pronunțată de către o instanță judecătorească. În concluzie, nefiind condiționată de existența unui proces.³⁸

În cele ce urmează vom prezenta care sunt subiecții excepției, obiectul precum și activitatea desfășurată atât în fața instanței de judecată care vom vedea că are un rol de filtru, precum și activitatea în fața instanței de contencios constituțional.

Excepția de neconstituționalitate poate fi ridicată la cererea unuia dintre părți sau din oficiu de către instanța de judecată ori de arbitraj comercial totodată, la procesele la care participă și procurorul acesta se încadrează în subiectele care pot ridica excepția. Sesizarea Curții se dispune de către instanța în fața căreia s-a ridicat, printr-o încheiere care va cuprinde atât punctele de vedere ale părților, cât și opinia instanței, aceasta fiind obligată să opineze, iar încheierea va fi însoțită de dovezile necesare.³⁹

Obiectul excepției de neconstituționalitate îl constituie o lege sau o ordonanță, ori o dispoziție dintr-o lege sau dintr-o ordonanță care se află în vigoare și de care depinde soluționarea cauzei. Nu pot face obiect la excepției prevederile care au fost constatate ca fiind neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții.⁴⁰ Rațiunea legiuitorului de a limita obiectul excepției doar la o lege sau o ordonanță ori o dispoziție din ele care nu a mai fost constatate neconstituționale printr-o decizie anterioară, apreciez că este una corectă, deoarece asigură o practică unitară bazată am putea să spunem pe precedent și totodată elimină “aglomerarea” instanței de contencios constituțional cu excepții inutile.

Procedura excepției de neconstituționalitate presupune parcurgerea a doua etape: prima etapă este etapa judecătorească denumită și etapa prealabilă care începe odată cu invocarea excepției de neconstituționalitate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial și se încheie prin sesizarea Curții Constituționale, aceasta în situația în care instanța nu respinge ca inadmisibilă excepția ridicată. Instanța de judecată, asemeni cum am mai menționat anterior are un rol de prim filtru legal, deoarece sesizarea Curții cu excepția ridicată, se face numai dacă aceasta îndeplinește condițiile prevăzute de lege. Instanțele judecătorești și de arbitraj comercial îndeplinesc rol de filtru numai în ceea ce privesc cauzele de inadmisibilitate.⁴¹

A doua etapă a procedurii de soluționare a excepției de neconstituționalitate o constituie etapa contenciosului constituțional desfășurată în fața Curții Constituționale și care are ca punct de pornire încheierea de sesizare a Curții și care se încheie odată cu adoptarea unei decizii de către Curte. După primirea sesizării, președintele Curții, desemnează un judecător-raportor și va comunica sesizarea președinților celor două Camere ale Parlamentului, Guvernului și Avocatului Poporului pentru a trimite punctele lor de vedere. Judecătorul-raportor desemnat este obligat să ia măsurile necesare pentru administrarea probelor până la data judecării. Judecarea are loc la data stabilită de președintele Curții cu înștiințarea părților care pot fi asistate de avocat care are drept de a pleda la Înalta Curte de Casație și Justiție și a Ministerului Public. Curtea Constituțională procedează la examinarea constituționalității actului normativ ce i-a fost deferit. Mai este important de reținut faptul

³⁸ *Ibidem*, pag 133;

³⁹ Tudorel Toader, Marieta Safta, *Contencios Constituțional*, Ed. Hamangiu, București 2020, Ediția 2, pag 131;

⁴⁰ *Ibidem*, pag 131;

⁴¹ *Ibidem*, pag 133, 135;

că instanța de contencios constituțional se poate pronunța și asupra constituționalității altor prevederi din actul normativ, dacă prevederile din sesizare nu pot fi disociate de prevederile asupra cărora Curtea, se extinde.⁴²

Ca o concluzie la cele prezentate în prezentul capitol putem observa o conlucare între instanța de judecată și instanța de contencios constituțional în vederea realizării atât a justiției de drept comun cât și a justiției constituționale. Prin soluționarea de către Curtea Constituțională a excepției de neconstituționalitate, se poate pronunța o hotărâre pentru soluționarea cauzei cu care a fost învestită instanța de judecată.

V. Prezentare comparativă între Curtea Constituțională a României și Consiliul Constituțional al Franței

Consiliul Constituțional constituie o autoritate distinctă din cadrul puterilor statului și independent de toate celelalte. Organizarea Consiliului este inspirată din organizarea Curții Supreme a Statelor Unite însă referitor la prerogative, aceste sunt diferite și mai restrânse.⁴³

Consiliul Constituțional este alcătuit din membrii numiți și membrii de drept mandatul acestora fiind de 9 ani, iar Președintele Consiliului este desemnat de către Președintele Republicii Franceze din rândul membrilor Consiliului. Membrii Consiliului sunt independenți și inamovibili.⁴⁴

Constituția franceză din 1958 a instituit modelul european de jurisdicție constituțională iar controlul constituționalității legilor se realizează de Consiliul Constituțional. Cu privire la numiri, prima categorie a membrilor și anume membrii aleși care sunt nouă la număr, aceștia sunt numiți de cele două Camere legislative care numește câte trei dintre ei iar trei sunt numiți de Președintele Republicii. Cealaltă categorie de membrii și anume membrii de drept sunt foștii președinți ai Franței.⁴⁵

Cu privire la atribuțiile Consiliului, acestea pot fi grupate în trei categorii și anume: jurisdicție în materie de contencios electoral; avizarea sau consultarea privind anumite proceduri constituționale; respectiv controlul de constituționalitate a legilor.⁴⁶

După cum vedem există unele asemănări între Curtea Constituțională a României și Consiliul Constituțional din Franța, asemănări precum autoritățile care numesc membrii aleși ai Consiliului, asemănări privitoare la durata mandatului precum și la caracterul independent și inamovibil al membrilor. O altă asemănare o reprezintă controlul de constituționalitate al legilor care reprezintă o atribuție exclusivă a celor două instanțe precum și modelul european îmbrățișat de ambele instanțe de contencios constituțional.

Cu privire la deosebiri identificăm deosebiri între structura celor două autorități, deosebiri cu privire la atribuțiile celor două instanțe cât și deosebiri cu privire la desemnarea Președintelui Consiliului din Franța care este desemnat direct de către Președintele Franței, pe când Președintele Curții Constituționale din România este ales prin vot de către judecătorii Curții. Totodată, examinarea de către Consiliul din Franța a legilor este facultativă pe când examinarea legilor organice este obligatorie.⁴⁷

⁴² *Ibidem*, pag 147, 148;

⁴³ Emil Boc, *Separarea puterilor în stat*, Editura Presa Universitară Clujeană, Cluj-Napoca 2000, pag 160;

⁴⁴ *Ibidem*, pag 160, 161;

⁴⁵ Cristian Ionescu, *Tratat de drept constitutional contemporan*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București 2019, pag 665;

⁴⁶ *Ibidem*, pag 666;

⁴⁷ Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pag 221;

VI. Concluzii

În concluzie, Constituția este indispensabilă pentru un stat de drept, unde drepturile și libertățile fundamentale sunt garantate, prin însuși legea fundamentală.

După cum am putut observa există mijloace constituționale care asigură garantarea acestor drepturi și libertăți, mijloace care întăresc și cresc încrederea cetățeanului în autoritățile și instituțiile statului.

Curtea Constituțională, ca și garant al supremației Constituției reprezintă un *pion* decisiv într-un sistem democratic cum este statul român. Chiar și în aceste condiții există tendința de schimbare a unor dispoziții privitoare la Curtea Constituțională datorită dinamicii legislative. Un exemplu în acest sens îl constituie propunerile de numire a judecătorilor constituționali prin Raportul Comisiei Prezidențiale de Analiză a Regimului Politic și Constituțional din România⁴⁸.

Cu siguranță România se îndreaptă spre un stat de drept cât mai consolidate fapt întărit și de calitatea de stat membru al Uniunii Europene, România îmbrățișând tot mai mult legislația europeană în materie de justiție constituțională și în apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Cât privesc influențele politice care din păcate nu ezită să apară în realizarea justiției constituționale, acestea ar trebui diminuate, dacă nu chiar eliminate pentru ca justiția să poată funcționa. Deciziile Curții trebuie date în conformitate cu realitățile sociale ținând cont de interesul public și de bunul mers al societății, fără intervenția politicului, în caz contrar vor fi pronunțate decizii discutabile care vor îngreuna procesul legislativ și care vor menține în continuare România în vizorul Uniunii Europene prin intermediul Mecanismului de Cooperare și Verificare.

Bibliografie:

- Constituția României, Editura Monitorul Oficial, București 2010;
Constituția Statelor Unite ale Americii, traducere Elena Simina Tănăsescu, Nicolae Pavel, Ed. All Beck, București 2002;
 Cristian Ionescu, *Tratat de drept constitutional contemporan*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București 2019;
 Ioan Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României Comentariu pe articole*, Ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București 2019;
 Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, *Contencios constitutional, Proceduri și teorie*, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București 2019;
 Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
 Legea 47 din 1992 privind Curtea Constituțională a României;
 Robert Schutze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, traducere Mihaela Banu, Mihai Banu, Editura Universitară, București 2012;
 Tudorel Toader, Marieta Safta, *Contencios Constituțional*, Ed. Hamangiu, București 2020, Ediția 2.

⁴⁸ Comisia recomandă ca judecătorii Curții să fie propuși de Președintele României, de pe o listă alcătuită de Consiliul Superior al Magistraturii și numiți de Parlament, după avizul comisiilor parlamentare de specialitate.

PANDEMIA – OBLIGAȚIILE ÎNTRE FORȚĂ MAJORĂ ȘI IMPREVIZIUNE

THE PANDEMIC – THE OBLIGATIONS BETWEEN FORCE MAJEURE AND UNPREDICTABILITY

Teodora-Andreea ONIȚA¹

Rezumat:

Indubitabil, multe lucruri s-au schimbat de la apariția și extinderea pandemiei. La o primă vedere, acesta este un caz de forță majoră. Dar, o analiză mai atentă ne ridică mai multe semne de întrebare. Până în ce punct vorbim despre un caz de forță majoră? O putem considera o impreviziune? Care debitori vor fi exonerati de răspundere și care nu? Printre cele mai afectate domenii sunt cel al transportului aerian, departamentul horeca și turismul. Vom analiza raporturile ce s-au stabilit în contextul pandemic, obligațiile rezultate și eventualele exonerări de răspundere.

Cuvinte-cheie: *pandemie, forță majoră, impreviziune, transport aerian, horeca, turism*

Abstract:

Undeniably, many things have changed since the pandemic appeared and expanded. At first glance, this is a case of force majeure. But a closer analysis raises several questions. To what extent are we talking about a case of force majeure? Can we consider it an unpredictability? Which debtors will be exempted from liability and which will not? Among the most affected areas are air transport, the HoReCa department and tourism. We will examine the connections that have been established in the context of the pandemic, the resulting obligations and any liability exemptions.

Key words: *pandemic, force majeure, unpredictable, air transport, HoReCa (entertainment industry), tourism*

Pandemia este o epidemie care se extinde pe un teritoriu foarte mare, într-o țară, în mai multe țări sau pe mai multe continente.² Pandemiile pot apărea, de asemenea, în organisme agricole importante (animale, plante de cultură, pește, specii de arbori) sau în alte organisme.³ Pentru a fi în prezența unei pandemii, epidemia trebuie să fie și infecțioasă.

Pandemia de Coronavirus ce a izbucnit la finele anului 2019 și a reușit să se răspândească în toată lumea până la începutul anului 2020, punându-ne probleme până în ziua de azi, demonstrându-ne că nu suntem pregătiți din punct de vedere legislativ pentru un eveniment de o asemenea anvergură. Raporturile juridice s-au modificat, s-au menținut, au dispărut, ca mai apoi să renască sub alte forme sau au apărut raporturi noi.

În prezenta lucrare am ales să analizăm obligațiile care s-au născut, s-au menținut sau de care debitorul a fost exonerat (de răspundere) în contextul pandemic, pentru 3 dintre cele mai afectate domenii în această perioadă: transportul aerian, domeniul horeca și turismul.

Conform art. 1351 (2) Cod Civil, forța majoră este orice eveniment extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil. Va fi calificată drept forță majoră acea situație care este atât de gravă și de puternică încât, practic, devine invincibilă, nimic neputând opri un

¹ Studentă, Universitatea Oradea, Facultatea de Drept, specializarea Drept, an.2;

² <https://dexonline.ro/definitie/pandemie>;

³ <https://ro.wikipedia.org/wiki/Pandemie>;

astfel de eveniment extern să se întâmple și să își producă efectele. Pentru a fi în prezența acesteia, toate cele 4 caractere menționate anterior trebuie să fie îndeplinite concomitent, lipsa uneia nemaiastrăgând exonerarea de răspundere a debitorului (fiind una din principalele cauze de exonerare de răspundere civilă - în lipsa unei astfel de reglementări, debitorul ar fi fost chemat să răspundă pentru acte sau fapte dincolo de manifestarea sa de voință sau de propriile acțiuni).

La o primă vedere pare destul de ușor. Într-adevăr, pandemia este folosită adeseori ca exemplu la cazul de forță majoră, îndeplinind toate caracteristicile. Probleme apar când trebuie să identificăm momentul începerii acesteia. În funcție de acesta putem stabili asupra căror contracte vor fi incidente prevederile privind înlăturarea răspunderii prejudiciului. Una dintre condițiile forței majore care ne pune în dificultate în a stabili momentul începerii acesteia este impreviziunea evenimentului. Debitorul va fi exonerat de răspundere dacă nu putea prevedea evenimentul. În cazul pandemiei, inițial vorbim despre o boală contagioasă pe un plan local. În acest stadiu, orice persoană, oricât de diligentă ar fi, nu ar putea să prevadă dacă situația va fi ținută sau va scăpa de sub control. În acest sens putem analiza puțin situațiile anterioare a corona-virusurilor ce s-au răspândit sub formă de epidemii în întreaga lume.

Coronavirusurile circulă în principal printre animale, dar se știe că evoluează și infectează chiar și oamenii. Între noiembrie 2002 și iulie 2003 a existat un început de posibilă pandemie în China, un focar de SARS⁴, cu 8.422 de cazuri de infecție și 916 morți confirmate în întreaga lume. În câteva săptămâni, boala s-a transmis din Hong Kong în 37 de alte țări. Ultimul caz de SARS a avut loc în 2004.⁵ La acea vreme, China a fost criticată de Organizația Mondială a Sănătății pentru tratarea epidemiei. Din 2000, OMS a coordonat reacțiile internaționale împotriva acestei boli și a altor boli noi, inclusiv MERS⁶ și gripa porcilor din 2009. La zece ani de la debutul SARS, coronavirusul legat de cămila-dromedar, MERS, a dus la peste 850 de decese în 27 de țări.⁷ Tratamentul este simptomatic. Nici un vaccin sau tratament specific antiviral nu este disponibil în prezent.⁸

Pentru o analiză mai eficientă, am schițat principalele evenimente și datele conexe lor:

8 dec 2019 – primele cazuri cu simptome în Wuhan

12 dec 2019 – China anunță rata mare de transmitere

31 dec 2019 – primele cazuri de Covid19 raportate (în China)

9 ian 2020 – prima moarte de Covid19 raportată (în China)

23 ian 2020 – Wuhan intră în carantină

– OMS* declară că virusul nu e o urgență internațională pentru sănătate

24 ian 2020 – 26 decese în China + dovada clară că virusul e responsabil

– răspândirea rapidă a virusului determină instituirea măsurii carantinării și asupra orașelor din apropierea Wuhanului

30 ian 2020 – OMS declară urgență internațională de sănătate

15 feb 2020 – stare gravă în Italia (multe îmbolnăviri și decese)

26 feb 2020 – primul caz în România

⁴ SARS = Sindromul Acut Respirator Sever

⁵ <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-50984025>

⁶ MERS = Middle East Respiratory Syndrome (Sindromul respirator din Orientul Mijlociu)

⁷ <http://www.emro.who.int/health-topics/mers-cov/mers-outbreaks.html>

⁸ https://ro.wikipedia.org/wiki/Sindromul_respirator_din_Orientul_Mijlociu

*OMS = Organizația Mondială a Sănătății

1 mar 2020 – Ordonanța Militară nr. 1/martie 2020

16 mar 2020 – starea de urgență ("încăderă în case")

20 mar 2020 – stoparea activității aviatice de transport aerian (în România) și a activității sectorului horeca

22 mar 2020 – se instituie carantina de noapte (este necesară declarație pe proprie răspundere pentru deplasările pe timp de noapte)

25 mar 2020 – se instituie carantina națională (este necesară declarația pe timp de zi pentru deplasări)

15 mai 2020 – se ridică starea de urgență și se instituie starea de alertă (se poate călători în interiorul zonei metropolitane fără declarație)

1 iunie 2020 – se redeschid magazinele ce au deschidere înspre exterior, hotelurile și restaurantele cu terasă

15 iunie – se deschid magazinele cu desfășurarea în interiorul altor mall-uri și galerii

1 iulie – dacă rata de îmbolnăviri este cuprinsă între 1,5-3‰ atunci restaurantele pot primi clienți în interior la o capacitate de 30%; dacă rata este sub 1,5‰ acestea pot primi la o capacitate de 50%; iar dacă localitatea e carantinată, restaurantele nu mai pot primi clienți deloc

Va fi calificată drept forță majoră acea situație care este atât de gravă și de puternică încât, practic, devine invincibilă, nimic neputând opri un astfel de eveniment extern să se întâmple și să își producă efectele. Pentru a fi în prezența acesteia, toate cele 4 caractere (extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil) trebuie îndeplinite concomitent, lipsa uneia nemaiastrăgând exonerarea de răspundere a debitorului (fiind una din principalele cauze de exonerare de răspundere civilă - în lipsa unei astfel de reglementări, debitorul ar fi fost chemat să răspundă pentru acte sau fapte dincolo de manifestarea sa de voință sau de propriile acțiuni).

În România, potrivit Legii nr. 335/2007 a camerelor de comerț din România, camerele de comerț și industrie județene și Camera de Comerț și Industrie a României avizează existența acestor cazuri și influența lor asupra obligațiilor contractuale. Eliberarea avizului de forță majoră se face în baza unei solicitări scrise, semnată de reprezentantul legal, prin care trebuie prezentată situația faptică și argumentele care conduc la încadrarea cazului indicat în caracteristicile forței majore. Aceste certificate de forță majoră se pot elibera numai dacă există clauza de forță majoră în contract. Dacă nu există nicio clauză de forță majoră, camerele de comerț nu eliberează certificate de forță majoră⁹. Certificatul (avizul) de forță majoră nu are caracter obligatoriu, nu reprezintă dovada absolută, indubitabilă a existenței forței majore,¹⁰ ci doar la prezumă existența acestuia și doar în cazul entităților distincte de întreprinderile mici și mijlocii, fiind o prezumție relativă, ce poate fi răsturnată de partea interesată, prin orice mijloc de probă.¹¹

Impreviziunea (art. 1271 Cod Civil) este o problemă de ordin economic și financiar (adesea urmare a fluctuațiilor monetare) ce constă în paguba suferită de una dintre părțile contractului rezultată din dezechilibrul prestațiilor (intervine doar după momentul încheierii contractului cu titlu oneros). Reprezintă o excepție de la forță obligatorie a contractului, fiind o cauză de exonerare de răspundere atunci când prestația devine excesiv de oneroasă

⁹ <https://ccir.ro/servicii/avizarea-existentei-cazului-de-forța-majoră/>

¹⁰ https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ro/pdf/2020/forța-majoră_legal.pdf

¹¹ https://www.nndkp.ro/wp-content/uploads/2020/04/Analiza-NNDKP_Impactul-Covid-19-asupra-unor-ramuri-de-drept_Apr2020.pdf

datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligațiilor, instanța putând să dispună fie adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, fie încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește.

În această perioadă credem că negocierea rezolvării situațiilor apărute ca urmare a pandemiei cu COVID-19 și a măsurilor luate de state pentru limitarea efectelor acesteia va aduce mai multe beneficii părților decât litigiile. Renegocierea clauzelor contractuale, încercarea de a re-echilibra prestațiile părților s-ar putea dovedi mai rapidă, mai eficientă, mai puțin costisitoare și va salva contractul. Inițierea unui litigiu în această perioadă va fi mai costisitoare și va oferi părților o rezolvare într-un termen foarte lung care va afecta ambele părți, o rezolvare care s-ar putea dovedi a fi inutilă la momentul la care instanța se va pronunța asupra cazului.

Importanța cunoașterii unei delimitări între aceste 2 concepte prezintă o actualitate nemaipomenită datorită riscului aplicării incorecte a prevederilor legii. Pentru a evita o suprapunere a prevederilor unei instituții cu reglementările alteia, este necesar a fi asigurată o practică uniformă de aplicare a forței majore pentru anumite cazuri și a impreviziunii pentru alte situații concrete.

Dacă este să analizăm din perspectivă comparativă aceste două instituții, deducem că cea mai esențială deosebire dintre acestea este manifestată prin efectele pe care acestea le produc. În cazul forței majore efectul este imposibilitatea executării forțate a obligației contractuale de către debitor. În cazul impreviziunii, obligația debitorului devine mult mai oneroasă, astfel acesta va suporta cheltuieli mari în cazul în care va fi obligat să execute contractul. Impreviziunea se aplică atunci când performanța unui contract rămâne a fi posibilă, dar care a devenit mult prea oneroasă. În asemenea caz, remediul primar va fi adaptarea contractului. Forța majoră, pe de altă parte, exonerează partea de obligațiile de executare când un eveniment face performanța imposibilă, chiar și dacă imposibilitatea este temporară.¹²

O analiză mai amănunțită a ipotezelor în care se manifestă relevă o primă diferență între aceste două instituții, invocarea forței majore în mecanismele contractuale putând avea la baza un eveniment cu aplicabilitate generală, iar impreviziunea o situație particulară în care se pot afla agenții economici sau reprezentanții acestora.¹³

Forța majoră nu produce efecte când obligațiile constau în bunuri de gen, debitorul prestației nefiind apărat de efectele acesteia, totuși, el putând apela la instituția impreviziunii.

Corelând aceste informații, ajungem la concluzia că pentru fiecare din cele 3 domenii mai sus menționate, pandemia a avut o altă însemnătate.

Dintre cele 3 domenii, cele mai multe întrebări ridică domeniul aviației, fiind un domeniu relativ nou, foarte puțin reglementat. Cele mai importante acte normative în domeniu sunt Regulamentul nr. 261/2004 (cunoscut ca EC 261) privind compensarea și asistența pasagerilor în eventualitatea refuzului la îmbarcare și a anulării sau întârzierii prelungite a zborurilor, 90/314/CEE privind drepturile pasagerilor și Ghidul Comisiei UE

¹² <https://www.juridice.ro/500083/forta-majora-si-hardship-impreviziune-ca-exceptii-de-la-principiul-fortei-obligatorii-contractului.html>

¹³ <https://www.stratula.com/forta-majora-cazul-fortuit-si-impreviziunea-ce-se-intampla-cu-obligatiile-contractuale-in-momente-de-criza-2/>

din 18 martie 2020 referitor la modul în care luarea unor măsuri referitoare la prevenirea pandemiei Covid19 afectează drepturile pasagerilor.

Pentru a putea aduce în discuție forța majoră, una din caracteristicile esențiale este impreviziunea evenimentului. Dacă se dovedește că evenimentul era previzibil, atunci, companiile aeriene nu ar mai fi exonerate de răspundere, fiind obligate la rambursarea prețului biletului sau redirectionarea la o dată ulterioară, aleasă de pasager, plus compensația prevăzută de EC 261 în art. 5-8.

Încă de la primele vești despre acest nou corona-virus, s-a stipulat că domeniul transportului aerian reprezintă cel mai prolific factor pentru răspândirea acestuia. Având în vedere că în 9 ianuarie s-a raportat prima moarte de Covid19, iar virusul se extindea în mod accelerat, ne-am putea pune întrebarea dacă companiile aeriene nu puteau prevedea că în scurt timp activitatea le va fi sistată. Activitatea niciunei companii aeriene nu poate fi sistată în baza unor previziuni, ci doar în baza unor stări de fapt certe, reglementate în prealabil.

Ne-am întrebat și de ce au continuat vânzările de bilete. Având în vedere inexistența unei reglementări naționale și/sau internaționale care să stipuleze contrariul, companiile și-au continuat activitatea, implementând, totuși, măsuri de igienă suplimentare.

Vorbim despre previziune, despre o anticipare imatură a unui act ce ar conține norme care să sisteze activitatea aeronautică a transportului de pasageri, un act despre care nu s-a mai discutat până atunci, deși, cum am arătat anterior, au mai fost epidemii determinate de coronavirusi. Aceasta nu ar trebui să cadă în sarcina pasagerului, nici a companiei aeriene, neputând fi asociată cuiva.

În ghidul dat de UE menționat anterior, se prevede că în caz de forță majoră, pasagerii nu au dreptul la compensație. Nu considerem că este un caz de forță majoră, sistarea activității putând fi parțial prevăzută de la un anumit punct. De aceea majoritatea companiilor aeriene europene a acordat sau sunt în curs de acordare a compensațiilor prevăzute de EC261/2004.

Cât despre pasagerii ”prinși” pe aeroport în momentul anulării zborului, conform art. 9 al EC261/2004, au dreptul la deservire în cazul întârzierii sau anulării zborului. Această obligație este în sarcina companiilor aeriene atât pentru situațiile normale, cât și pentru cazurile de forță majoră. Actul menționat anterior nu prevede o limitare în timp, din acest punct de vedere. Astfel, companiile aeriene au propria politica care se aplică în astfel de cazuri – ex: până la max 72h de la anularea zborului.

Odată ce pandemia a luat amploare, lumea a dorit să ajungă mai repede acasă, în perioada dinaintea carantinării, cererea fiind în creștere. Astfel că au fost organizate zboruri charter¹⁴ și ad-hoc¹⁵ pentru repatrierea pasagerilor în statele de rezidență.

Impunerea măsurii carantinării și stoparea activității aeronautice civile de transport pasageri a devenit previzibilă în România începând cu aprobarea și punerea în aplicare a Ordonanței Militare nr. 1/ Martie 2020. Considerăm că astfel compania aeriană, în calitate de debitor, nu este exonerată de răspundere în privința obligațiilor născute între 1 martie 2020 și 20 martie 2020, aceasta fiind obligată a la despăgubi conform EC261 pasagerii, în calitate de creditori, ce au fost prejudiciați.

¹⁴ Companiile aeriene de tip charter își închiriază aeronavele cu tot cu echipaj pentru a opera diverse tipuri de zboruri. Pe cursele charter nu se comercializează bilete individuale, ci se închiriază întreaga aeronavă. Zborurile charter sunt organizate ad-hoc în dependența de cererea de transport.

¹⁵ Sunt folosite pentru evenimente speciale, și curse charter de sezon sau pe toată durata anului pentru transportul turiștilor spre destinațiile lor de vacanță.

În urma analizei mai sus expuse, am conchidem că impreviziunea se mulează mai bine pe situația domeniului transportului aerian de persoane, datorită schimbărilor excepționale și fără a putea fi determinate în timp a împrejurărilor în care își desfășoară activitatea o companie aeriană, a imposibilității de a prevedea durata, gravitatea și intensitatea împrejurărilor, a modificărilor repetate, “peste noapte”, din punct de vedere legislativ și a reglementărilor de securitate și siguranță în domeniul aviatic internațional, aceasta începând cu 1 martie 2020, odată cu promulgarea Ordonanței Militare menționată anterior.

Carantinarea Wuhanului a fost un eveniment ce putea fi parțial anticipat. În urma ratei mari de transmitere a virusului și a creșterii accelerate a numărului de morți, era previzibil că se vor lua măsuri drastice în vederea limitării răspândirii virusului. Luând seama și de presupunerile că acest focar ar fi avut ca sursă piața de animale vii și de recomandările autorităților de a păstra distanțarea socială, evitarea aglomerației și autoizolarea la domiciliu, era previzibil că domeniul HoReCa va avea cel mai mult de suferit. La fel ca în cazul transportului aerian de pasageri, se pune problema a ce a reprezentat această pandemie pentru domeniul HoReCa, de când, dacă putea fi anticipat și de când. Privind în retrospectivă, pentru HoReCa, pandemia a însemnat doi ani care pot fi șterși din viața economică a companiilor, doi ani în care obiectivul a fost supraviețuirea, evitarea falimentului. În această perioadă au avut loc modificări structurale majore în piața muncii, domeniul Horeca a pierdut atât specialiști cât și forță de muncă calificată. La reluarea activității au avut de înfruntat atât chestiuni de ordin calitativ al serviciilor cât și chestiuni de creștere a costurilor cu resursa umană. Bineînțeles că pandemia nu putea fi anticipată, dar durata ei putea fi chiar din primă luna de lockdown. Au fost destule semne pe care un manager bun le-a putut citi și astfel a putut acționa pentru a supraviețui în această perioadă.

Hotelurile, restaurantele și cafenelele au avut obligația de a-și achita taxele, impozitele, chiriile spațiilor folosite pentru desfășurarea activităților, salariile angajaților.

Dat fiind că locatorii puteau asigura doar formal în continuare folosința bunului, locatarul contractând locațiunea unui spațiu dintr-un centru comercial în vederea realizării activității economice, iar, cum aceasta din urmă nu mai poate fi realizată, debitorul obligației de plată a chiriei nu mai poate să execute obligația, se ridică problema încadrării situației în art. 1818 alin. (1) Cod Civil. Chiar dacă locatarul nu și-a asumat expres, pe lângă asigurarea folosinței bunului, și garantarea locatarului că își va putea desfășura activitatea economică în spațiul închiriat, contractarea unei astfel de locațiuni poate presupune tocmai desfășurarea unei activități specifice, deci ar putea fi implicită.

Ce nu trebuie omis și este foarte important în contextul economic actual sunt consecințele invocării/ prevalării de efectele art. 1818 din Codul civil, respectiv încetarea de drept a locațiunii în contextul în care suspendarea activității chiriașului este evident, o măsură temporară. Or, este dificil de imaginat manifestarea „solidarității/ echității contractuale” dacă debitorul reclamă locatarului său că nu poate folosi bunul închiriat conform destinației sale, deși această „imposibilitate” este provocată de autoritățile Statului, din motive exterioare și esențiale pentru asigurarea sănătății și siguranței publice, precum împiedicarea răspândirii unei pandemii. Pentru asigurarea unei coerențe legislative, ar trebui ca acțiunea autorităților să fie prezumată tot un caz de forță majoră, care va trebui dovedit.¹⁶

¹⁶ https://www.nndkp.ro/wp-content/uploads/2020/04/Analiza-NNDKP_Impactul-Covid-19-asupra-unor-ramuri-de-drept_Apr2020.pdf

Încă de la începutul pandemiei, în luna martie a anului 2020 s-a legiferat prin OUG29/2020 că, “se prezuma a constitui caz de forță majoră în sensul prezentei ordonanțe, împrejurarea imprevizibilă, absolut invincibilă, și inevitabile care se refera articolul 1351 din Codul Civil, care rezulta dintr-o acțiune a autorităților în aplicarea măsurilor impuse de prevenirea și combaterea pandemiei de Covid-19, care a afectat activitatea întreprinderii, afectare atestată prin certificatul de situație de urgență. Presumția poate fi răsturnată de partea interesată prin orice mijloc de probă”. Au existat două tipuri de certificate în anul 2020, unul pentru cei care au fost închiși total și unul pentru cei care au avut de suferit parțial. În baza acestor certificate și prin legislație specifică, impozitele, taxele, chiriile, plata salariilor, au fost amânate și reduse uneori, în niciun caz șterse.

Dacă am susține ca ar fi vorba despre un caz de forță majoră, atunci debitorul ar fi exonerat de răspundere față de creditorul său, clientul, în ceea ce privește executarea obligației. Am luat spre a analiza 3 cazuri: restaurantele cu servire pe loc, restaurantele cu servire pe bază de abonament și restaurantele ce livrează produsele la domiciliu. La fel și în cazul clienților, pentru cele 3 cazuri, prestațiile au putut fi amânate dacă au făcut obiectul unor contracte ferme sau încheiate cu restituirea sumelor la o dată ulterioară. Livrările la domiciliu nu au fost afectate deloc, acest segment având chiar o creștere semnificativă. Restaurantele cu servire pe loc, fiind închise, nu s-au mai putut realiza raporturi între clienți, în rolul creditorilor și restaurante, ca debitori. Deși este vorba despre un contract sinalagmatic, am considerat să alăturăm acestea roluri părților spre a evidenția imposibilitatea creării unui raport juridic.

Chiar cheltuielile crescând sau rămânând aceleași, chiar profitul egalându-se cu 0, nu putem vorbi de o impreviziune decât când aceasta izvorăște dintr-un contract. Deși am fi tentați să spunem că nu e impreviziune, în cadrul acesteia se ține seama de factorul extern ce a forțat partea să nu își mai poată îndeplini obligația. Astfel este influențat și raportul ce se formează între acestea și stat, când intervine imposibilitatea îndeplinirii obligațiilor patrimoniale legale către stat. Între antreprenor și stat este în permanență un “contract” izvorât din actele normative fiscale (sistemul fiscal al unei țări). Din cauza acestei impreviziuni precum și a măsurilor restrictive luate de stat pentru împiedicarea răspândirii virusului, sistemul fiscal a suferit modificări în sensul amânării și reducerii sarcinilor pentru antreprenori.

Un contraargument solid ar putea izvorî din definiția antreprenorului, acesta fiind persoana care își asuma niște riscuri în scopul obținerii de profit. În aceste asumări ar putea fi cuprinse și forța majoră și impreviziunea? Considerăm că nu, deoarece antreprenorul nu este un om cu diligențe deosebite astfel încât să poată anticipa evenimente de o asemenea anvergură. În acest sens, și Codul Civil îl protejează, exonerandu-l de răspundere când intervin aceste situații. Totuși, nu va fi exonerat de răspundere față de obligațiile pe care le are în raport cu statul (doar temporar și parțial). În cadrul companiilor sunt chestiuni statutare și legale pentru riscuri de acest gen, cum ar fi de exemplu constituirea de rezerve.

Când există situații în care executarea contractului (sinalagmatic) nu se poate realiza, dar nu din culpa părților, ci a unor cauze independente de voința lor, putem vorbi despre riscul contractului. În acest caz nu se va pune problema răspunderii civile prin plata unor despăgubiri, însă, cel care și-a executat obligația, are dreptul la restituirea prestațiilor.¹⁷

¹⁷ Romoșan I.D., *Drept civil. Obligații*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 328

Alin 2 al art. 1557 Cod Civil rezolvă problema imposibilității temporare de executare, dispunând că în acest caz, creditorul poate suspenda executarea propriilor obligații ori poate obține desființarea contractului, în acest din urmă caz fiind aplicabile regulile din materia rezoluțiunii.

Regula *res perit debitori* (debitorul suportă riscul) are în vedere faptul că în cazul în care a intervenit o imposibilitate fortuită (caz fortuit sau forță majoră) de executare a contractului, debitorul obligației care nu poate fi executată din această cauză va suporta riscul contractului, acesta fiind nevoit a suporta angajamentul material și financiar făcut, iar creditorul va avea dreptul la restituirea prestației.¹⁸ Când prestația poate fi executată parțial, în cazul imposibilității fortuite, creditorul își va diminua contraprestația în mod corespunzător, doar dacă partea neexecutată este esențială pentru creditor.

Regula *res perit domino* (riscul contractului aparține proprietarului) se fundamentează pe principiul *ubi emolumentum ibi onus* (cine are câștigul trebuie să suporte și pierderea). Astfel, proprietarul unui bun care a intrat într-un contract civil cu bunul său, în caz de pierdere fortuită a bunului, va suporta acest risc, nemaiputând să își execute obligația și trebuind să restituie sau să plătească celeilalte părți contractante prețul bunului.¹⁹ În situația creată de pandemie se ridică problema în cazul contractelor afectate de modalități, deoarece realizarea condiției rezolutorii desființează retroactiv contractul.

Un domeniu ce nu doar și-a redus activitatea, ci a fost forțat să și-o sisteze, este turismul. Pentru acest domeniu considerăm că este clar că pandemia a reprezentat un caz de forță majoră, toate caracteristicile fiind extern de evidente și clare. Totuși, în cazul sejururilor plătite în prealabil, debitorul nu este exonerat total de răspundere în cazul particular al pandemiei. Am menționat și mai sus OUG 29/2020 care completează prevederile din Codul Civil. Debitorul nu va presta serviciul la momentul agreed inițial, dar îl va presta când situația sanitară o va permite sau va returna sumele de bani.

Se ridică semne de întrebare asupra situațiilor în care clienții sunt "prinși" în timpul sejurului în măsura carantinării. În cazul hotelurilor situația poate diferi în funcție de dispoziția Autorității locale. Astfel, oaspetele poate fi izolat în încăperea în care a locuit, dacă autoritatea este de acord cu aceasta măsură și consideră că există toate condițiile sanitare. În acest caz costul este suportat de oaspete. Al doilea caz, de fapt cel mai frecvent, oaspetele este mutat într-o unitate de cazare specială pentru carantinați (de obicei este tot un hotel dedicat acestui scop). În acest caz costurile sunt suportate de către stat.

În concluzie, forța majoră și impreviziunea nu trebuie privite în ansamblu, fiind două excepții distincte de la principiul forței obligatorii ale contractului, ci este necesar a se analiza domeniul asupra căruia se pune problema exonerării de răspundere a debitorului. În funcție de împrejurare, dacă există o împiedicare efectivă și absolută a persoanei de a-și executa obligațiile, sau o împiedicare subiectivă, ori dacă obligațiile au devenit nu imposibil de executat ci excesiv de oneroase datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor, ce face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, oricare dintre aceste instituții juridice poate deveni aplicabilă.

Pornind exclusiv de la reglementările legale mai sus indicate, rezultă că în materia dreptului civil, pandemia nu constituie, în mod automat și abstract, nici caz de forță majoră și nici nu atrage aplicarea ope legis a impreviziunii, însă va fi necesară o apreciere de la caz la caz pentru a concluziona dacă și în ce măsură condițiile lor sunt aplicabile unei situații date.

¹⁸ Ibidem, p. 330

¹⁹ Ibidem, p. 331

În cazul survenirii consecințelor de forță majoră, obligația debitorului prestației devine imposibilă, acesta fiind exonerat în totalitate de răspundere dacă va dovedi că neexecutarea contractului nu este rezultatul culpei sau intenției sale.²⁰

În cazul survenirii consecințelor de impreviziune, obligația debitorului prestației devine mult mai oneroasă datorită survenirii unor circumstanțe imprevizibile, care au alterat în mod fundamental prestațiile debitorului. Astfel, debitorul, deși neexonerat de răspundere, este în drept să solicite reajustarea contractului cu noile condiții survenite, iar în cazul imposibilității reajustării contractului sau a pierderii interesului de a mai executa acest contract, poate solicita rezoluțiunea contractului din partea unei instanțe.

Așadar, nu este recomandată sau dezirabilă încadrarea *in abstracto* a pandemiei COVID-19 în categoria forței majore sau a impreviziunii, ci dimpotrivă, se impune evaluarea efectelor juridice asupra fiecărui raport contractual individual impactat de măsurile autorităților dispuse pentru evitarea răspândirii infecției cu coronavirusul SARS-CoV-2. De asemenea, deși s-ar putea încerca extinderea sferei în care acțiunile autorităților pot fi prezumate un caz de forță majoră, apreciem că legiuitorul a fost clar în limitarea acestora, conform Ordonanței militare nr. 2/2020. O extindere artificială a acestei sfere este contrară prevederilor derogatorii adoptate și poate conduce la abuzuri. Mai mult, caracterul excepțional al derogărilor impune o aplicare restrictivă.²¹

Din perspectivă juridică, în vederea formulării apărărilor cele mai potrivite pentru fiecare caz în parte, este necesară o analiză aprofundată a situației de fapt și a clauzelor negociate de părți, precum și a posibilității negocierii modificării temporare a condițiilor contractuale, tocmai pentru asigurarea respectării legii și a echității în raporturile dintre părți.

Bibliografie

- Romoșan I.D, *Drept civil. Obligații*, Editura Hamangiu, București, 2018;
<https://dexonline.ro/definitie/pandemie>;
<https://ro.wikipedia.org/wiki/Pandemie>;
<https://ccir.ro/servicii/avizarea-existentei-cazului-de-forta-majora/>
https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ro/pdf/2020/forta_majora_legal.pdf
https://www.nndkp.ro/wp-content/uploads/2020/04/Analiza-NNDKP_Impactul-Covid-19-asupra-unor-ramuri-de-drept_Apr2020.pdf
<https://www.juridice.ro/500083/forta-majora-si-hardship-impreviziune-ca-exceptii-de-la-principiul-fortei-obligatorii-contractului.html>
<https://www.stratula.com/forta-majora-cazul-fortuit-si-impreviziunea-ce-se-intampla-cu-obligatiile-contractuale-in-momente-de-criza-2/>
https://www.nndkp.ro/wp-content/uploads/2020/04/Analiza-NNDKP_Impactul-Covid-19-asupra-unor-ramuri-de-drept_Apr2020.pdf
<https://www.juridice.ro/500083/forta-majora-si-hardship-impreviziune-ca-exceptii-de-la-principiul-fortei-obligatorii-contractului.html>
https://www.nndkp.ro/wp-content/uploads/2020/04/Analiza-NNDKP_Impactul-Covid-19-asupra-unor-ramuri-de-drept_Apr2020.pdf

²⁰ <https://www.juridice.ro/500083/forta-majora-si-hardship-impreviziune-ca-exceptii-de-la-principiul-fortei-obligatorii-contractului.html>

²¹ https://www.nndkp.ro/wp-content/uploads/2020/04/Analiza-NNDKP_Impactul-Covid-19-asupra-unor-ramuri-de-drept_Apr2020.pdf

ISSUES OF INTRODUCING A NEW HEALTH LEGAL RELATIONSHIP IN HUNGARY

Zsófia RICZU¹

Abstract:

SARS-COV19, in addition to placing a huge burden on health, has had and continues to have an impact on our economy. Changes in working conditions have led to changes in legislation. During the pandemic, it became clear that the previous labour law regulations could not fully cover the emergency situation created by the epidemic, so not only the issue of regulating telework was on the agenda in the legislature, but also the transformation of employment in health care workers. I examine Act C of 2020 as an employee of the labour management department of a health institute and a PhD student, comparing it with the alternatives of practical feasibility.

Keywords: *health workers, workers in health care, change of status*

Introduction

With the triambulum of Act XXII of 1992, Act XXIII of 1992 and Act XXXIII of 1992, the triple division developed after the change of regime in Hungarian Labour Law. The Civil Servants Act had not yet emerged as an option that certain public institutions might be excluded from the scope of this Act. This is also indicated by the fact that the law did not contain a provision to that effect; further, this is also shown by the fact that both the private sector and the public sector were subject to separate law.² The transposition of Directive 77/187 / EEC (Maintaining workers' rights in the event of succession) and the subsequent Directive 2003/23 / EC established the institutional framework for employer succession. Allowing interoperability between legal relationships has raised the need for the possibility of a change of legal relationship, made possible by an amendment to the Labour Code (Act XX of 2003)³ Section 25 / A of the Civil Service Act (also provided for the issue of change of legal relationship, which the legislator arranged very similarly for Act XXIII of 1992.⁴ Based on the position of György Kiss, in the light of the above regulation, the outsourcing of public service legal relations and certain functions has gained practically legal recognition.⁵ This also appears on the provider side of the state that represents health care, so where we are not necessarily talking about performing an official task.

The epidemiological situation in Hungary in March 2020 placed a huge burden on health care, the economy, the burden on the state has increased, and there has been a greater emphasis on the underlying responsibilities of the state. Changes in working conditions have led to changes in legislation. During the pandemic it became clear that

¹ PhD student, University of Miskolc Ferenc Deák Doctoral School of Political Science and Law, jogriczu@uni-miskolc.hu;

² Horváth István: Félve boncolás – a közalkalmazotti törvény fokozatos hatályvesztéséről Munkajog, 2020/3, p32-39;

³ 2003. évi XX. törvény 14. §;

⁴ 2003. évi XX. törvény a Munka Törvénykönyvéről szóló 1992. évi XXII. törvény, valamint az ezzel összefüggő törvények jogharmonizációs célú módosításáról;

⁵ Kiss György: Közfoglalkoztatási életképek jogi szabályozása Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. p.139;

the previous labour law regulations could not fully cover the emergency, created by the epidemic, therefore, it is not just the issue of telework and home-office regulation that has been on the agenda in the legislature but it has aimed the transformation of the employment of civil servants in certain cultural institutions into employment and restructuring the employment of healthcare workers.⁶ Draft law T/13174 was passed by the National Assembly in October 2020, whose provisions are aimed at transforming the domestic health care structure. Act C of 2020, adopted on the basis of the draft law, also affects the transformation of the legal relations of health care workers, although it contains rules for the elimination of parasolvency. The law divided health care experts and trade unions from a labour law perspective, and the Hungarian Medical Chamber expressed a strong opinion in this regard. As a person working in the labour management department of a health care institution, I would like to analyse the adopted law on the legal relationship of health care from the point of view of professionals and technical staff, comparing it with the positions of the esteemed Medical Chamber, Hungarian Chamber of Health Care Professionals and the Independent Health Trade Union. The law raises and leaves open a number of issues with its provisions that are controversial and need to be clarified from a labour law perspective.

Act C of 2020: on the legal status of the health service

Surely, we have all been informed about the new Health Service Legal Relations Act, if nothing else, through echo in the media. The law seems rather short at first reading, summarizing the rules on the legal relationship in the health service in only 22 articles. All this suggests that several implementing regulations will be issued for legal situations not regulated by this law or arising in the meantime.

The new legal relationship raises a number of issues for professionals and technical staff. In the preamble of the law, the Parliament acknowledges the position of Hungarian doctors during the pandemic. For many of us, the preamble already raises questions, given that it merely acknowledges the work of doctors, ignoring the praise of professionals. It also refers to the fact that the law was drafted taking into account the proposals of the Hungarian Medical Chamber, and that the wage settlement of professionals is still in progress. It also states that healing is a public service activity and that the new employment relationship was established in order to improve the health care system and to provide a higher level of financial recognition for the service of workers.⁷ The Hungarian Medical Chamber complements this by considering private health care as part of health care, despite the fact that the state health care system is dominant.⁸

Pursuant to the law, as of January 1, 2021, the legal relationship of civil servants who are employed by a health care provider will be transformed into a legal relationship of health service. With regard to personal scope, the Act gives a broad interpretation in

⁶ Act XXXII of 2020 on the Transformation of the Legal Relationship of Employees of Cultural Institutions and on Amendments to Certain Cultural Acts, which concerns Act LXVI of 1995. Act CXL of 1997. Act XCIX of 2008, the legal status of civil servants covered by the listed laws was transformed into employment under Act I of 2012 on 1 November 2020, and as of 1 July 2020, a new civil service relationship can no longer be established in these institutions;

⁷ Magyar Közlöny 2020. évi C. törvény;

⁸ Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (11.5.2020.);

subsection (1) and although subsection (3) seeks to clarify the scope of personnel, refers to the listing of Section 4 of Act LXXXIV of 2003; nevertheless, I believe an exhaustive listing would be needed, either within the law or in a government decree. It is stated that in the future, activities can only be carried out within the framework of this legal relationship, mentions as an exception, the cases of the contributor as well as the volunteer helper, records the use of the personal contributor as an exception. According to the Chamber, the issue of personal scope can be a cause of serious supply disruptions.⁹ Earlier, Tímea Barzó and Tamás Prugberger also pointed out that health care activities could be established in several legal relationships, which are listed item by item in Act LXXXIV of 2003.¹⁰ In her dissertation, Csilla Nebehaj also examined a wide range of legal relationships applicable in healthcare, affected retirement employment and atypical employment opportunities in addition to employment and civil servants.

As a labour rapporteur, I have my concerns about the unification of legal relations, considering that the number of contributory contracts at their institute is significant, the amendment of the contracts of these persons is not expected to be implemented until the new legal relations come into force. In addition, we must inform the employees about the new legal relationship by 30 November 2020 in accordance with the transitional provisions, for which we have not received any guidelines or implementing regulations until the completion of the study.

The establishment of an employment relationship, the issue of employment contracts and probation period

The health service legal relationship is established with a health service employment contract, which is a change from the appointment of a civil servant used so far. Even the term employment contract is a change from the current appointment of a civil servant. The law excludes from the establishment of the employment relationship those persons who fight against the state, fight against the judiciary, corruption, and criminal offenses against public trust during the scope of the initiated criminal proceedings, or who has been sentenced to imprisonment to be executed or suspended and who has been sentenced to work in the public interest or to a fine for a criminal offense.

The law stipulates a mandatory 3-month probationary period; it is a question of whether the probationary period also applies in the event of a change in legal status. Section 25 / B (3) of the Act on the Status of Civil Servants states that *„In the case of a civil servant relationship of indefinite duration, unless otherwise provided by law, a legal relationship of indefinite duration shall be established with the receiving employer. In the case of full-time employment, a full-time employment relationship must be established with the receiving employer. No probationary period may be stipulated with regard to the legal relationship to be established with the receiving employer.”*¹¹ Although the provision is not specifically aimed at a change of status, the stipulation of a probationary period is a formality, but may give rise to misuses, and workers are uncertain about the

⁹ Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalmati-jogviszony-torvenyrol> (11.5.2020.);

¹⁰ Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. Prugberger Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1;

¹¹ Act XXXIII of 1992. 25/B (3)

probation period, given that Act C of 2020 does not refer to the application of the Civil Service Act with regard to probation.

Government Decree 528/2020 (XI. 28.) on the implementation of Act C of 2020 on the legal status of the health service has published in the Hungarian Gazette on 28 November 2020. A number of issues are addressed by the regulation issued, stipulates, *inter alia*, that the establishment of a health service relationship may be based on an individual decision of the employer or based on a restricted procedure, in the case of a restricted procedure a three-member preparatory committee may be established¹².

With regard to the employment of minors, the regulation allows the establishment of a health service relationship with a person under the age of eighteen provided that the person concerned is undergoing training to obtain the required professional qualifications¹³. In addition, it sets out the content elements of the health service employment contract, the employer's obligation to provide information and notification in this regard.¹⁴, designate the licensing authority for the establishment of the additional legal relationship¹⁵.

Prohibition and authorization of further legal relationship

A person in a health service relationship may not perform health care activities not covered by his or her health service relationship at the registered office or premises of the health care provider employing him or her., this person may establish a legal employment relationship for further work, including other gainful employment, as well as activities for remuneration (with the exception of scientific, teaching work) only with the prior permission of a body designated by the Government. With regard to further legal relationship, there are concerns about the indication of the authorization contained in the provisions; also, leaves open the question of the authorizing body, so it empowers an unknown body on a very important matter. In my view, the conditions for restrictions related to conflicts of interest should be listed in the law, in addition to the fact that it would be appropriate to name the licensing body. According to Government Decree no. 528/2020, the above-mentioned licensing body is typically the head of the health care provider, the head of the governing county institution, the president of the clinical centre, or, in the case of a health care provider owned or maintained by a church legal entity, the church owner or maintainer. We can also examine the provision of the law that prohibits the head of the service institution from carrying out healing activities.¹⁶ In practice, the head of a medical institution cannot place an outpatient order. We could draw a parallel with the provisions of the Labour Code concerning senior employees, although in the latter case (among other things) the prohibition provision applies to the restriction of the establishment of other legal relationships, while in the case of the head of the institute (except in cases where an mandated head is at the head of the institute) he has so far performed both managerial and healing activities within the framework of a civil servant relationship. In the case of a manager or a senior manager pursuant to § 10 the health service employment contract must stipulate that the higher managerial or managerial assignment may be revoked unilaterally by the employer.

¹² 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 3. §;

¹³ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 4. §;

¹⁴ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 6. §;

¹⁵ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 7. §;

¹⁶ Act C of 2020 4 (10);

Duty time, working hours

The Act provides for the application of the Labour Code to the working hours of a person in a medical service relationship, with the exceptions established in Act LXXXIV of 2003, with the proviso that the break between works is part of the working time. Act I of 2012 determines the amount of working time: in the case of full-time employment, this is 8 hours per day, which can be increased to 12 hours in a standby job based on Section 92 of the Labour Code. In addition, a specific legal institution prevails in health care, the legal institution of voluntary overtime, which was regulated by Act LXXXIV of 2003.¹⁷ As Tamás Pugberger and Tímea Barzó recorded: the healthcare worker cannot be forced to take on additional work and discrimination against the worker is prohibited in connection with this.¹⁸ The implementing regulation supplements the provisions of the law with regard to working time and rest periods, fixing the application of the 3-month working time limit.

Rest period

Whereas both the draft law and the adopted law provide for the application of the Labor Code to the working time of a person in a medical service relationship, with the exceptions laid down in Act LXXXIV of 2003, in my interpretation, the latter, Act LXXXIV of 2003, will continue to apply to the daily, weekly rest period of the worker. With regard to paid leave, the law established the regulation based on the Civil Servants Act. It also states that it prohibits the accumulation of paid leave as well as the redemption of leave in cash – except for the termination of the legal relationship. This is an innovation compared to the Civil Service Act and raises additional issues in the light of the current epidemiological situation (in the absence of a government decree). The law allows for the use of paid leave accrued and not taken until 31 December 2020, exempting institutions from the monetary redemption of paid leave.

Qualification procedure

Regarding the qualification procedure, the law specifies the rules of each qualification procedure in a government decree. In my opinion, in order to avoid misuses, the objective criteria for classification should be laid down in the law, based on the model of the Civil Service Law. The government decree issued at the end of November also contains rules on qualification, the qualification sheet in the appendix concerns, among other things, professional-practical work, problem solving, patient feedback, malfunctions, reoperation, working time management, ethical behaviour, and decision-making.

Salary and grading

Further explanations are needed regarding salary and grading. The law lists item by item the legal relationships that can be taken into account when classifying into a grade, but it lacks consideration in the list of periods of employment with a non-medical institution or an employer subject to non-public service legislation. For me, the classification is questionable: in the case of an employee working for a health care provider in the technical

¹⁷ Act LXXXIV of 2003 12 / B. §;

¹⁸ Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. PRUGBERGER Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1 p.26;

and economic field in what grade, he is classified (if during previous periods of employment he was exclusively subject to the Labour Code). In addition, the salary scale indicated in the annex does not include the salary scales for lower-skilled, typically non-skilled jobs.¹⁹ Furthermore, it is a matter of concern that if the employee does not accept the salary based on the qualification, the employer may terminate the employment relationship.²⁰

The above-mentioned dilemmas regarding salary and classification suggest that salary developments may be in the light of the bargaining between the employee and the healthcare provider – this is also indicated by the fact that Act LXXXIV of 2003 does not apply to the remuneration of voluntary overtime.²¹ A further question related to the salary is whether, if the health worker is excluded from the scope of the Civil Service Act, if the new employment relationship is accepted, the employee will receive the 50% travel discount to which he or she became entitled in his or her previous employment relationship. How the level of travel reimbursement will develop in the future? The possibility of sublease support as other benefits in the case of civil servant status is also questionable.

In connection with the salary, a government decree stipulates that the director general of the national hospital shall determine the additional fees in addition to the salary, the terms and level of remuneration, providing some flexibility for the payment of on-call, standby and replacement fees. It also stipulates that reimbursable and non-refundable grants may be awarded, the conditions and extent of which are determined by the maintainer or owner of the healthcare provider., thereby providing the opportunity to support the cost of housing allowance, commuting to work, however, however, it still does not regulate the issue of a 50% travel allowance for civil servants.

Employment different from an employment contract

Undoubtedly, the greatest echo among health workers can be attributed to the possibility of employment different from an employment contract. In view of the pandemic, the legislator's aim was obviously to meet the criterion that health care should operate without interruption in the event of an epidemic. However, in the absence of detailed rules, the relevant provisions are rather unilateral, which result in resistance on the part of healthcare workers. According to the Hungarian Medical Chamber, the provision has an incompatible effect on both the work and privacy of doctors, adding that stricter and clearer rules would be needed.²² In the absence of a government decree and detailed rules, it is also questionable to reimburse the financial burdens and additional costs associated with the secondment (e.g. accommodation, travel).

While in the case of employees employed under the Labour Code, based on a unilateral decision of the employer, in the framework of employment different from an employment contract, the employee may be temporarily transferred to 44 working days or 352 hours per calendar year, and employment different from an employment contract is possible by agreement of the parties, Until then, the new Service Relations Act may, on the basis of a unilateral decision of the employer, assign a person in a health service relationship to another healthcare provider for a definite period of time provided that the

¹⁹ Act C of 2020 No. 1 Annex;

²⁰ Act C of 2020 Section 8 (12);

²¹ Act C of 2020 Section 8 (13);

²² A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről.<https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (11.5.2020..);

duration of this secondment may not exceed one year, which may be extended once by a maximum of one year. It can be seen that while the Labour Code prioritises the agreement of the parties, the new legal relationship leaves the posting to the unilateral decision of the employer. The aim of the legislator is obviously to maintain a uniform standard of health care; nevertheless, I believe that a posting for a period of 1 + 1 years would be disproportionately detrimental to the worker, given that it does not resolve the issue of the accommodation of a worker seconded in this way.

The implementing regulation specifies the rules for employment other than employment contracts: the possibility of a non-emergency secondment applying the model of Act I of 2012, it indicates the duration of the secondment in 44 days. I would add that, in consultation with the Minister of the Interior and the Hungarian Medical Chamber, the duration of a pandemic emergency is not affected by this provision.²³ The decree also settles the issue of relocation: in the case of relocation, the conditions set out in Section 12 (2) must always be set out in a tripartite agreement.²⁴

Termination of legal relationship

In order to terminate the legal relationship, the Labour Code is assigned as the underlying legal act by the law, supplemented by the fact that the legal relationship can also be terminated by transfer.. An agreement on the transfer is required; however, the law no longer specifies between which parties this agreement must be concluded. – Between the worker and the employer, or between the two employers. In the latter case, there is concern that the transfer may take place without the consent of the professional. In addition, the maintainer may initiate a transfer for an indefinite period, so that the transfer is designated as a terminating legal institution, similar to the provisions of the Civil Servants Act:

„25. § (2) the employment of a civil servant may be terminated:

1. of this Act, furthermore

*2. * this Act and the Act on Civil Servants,*

*3. * this Act and the Act on the Status of National Defence Employees*

*4. * and legislation governing professional and contractual employment,*

Between employers subject to the law”²⁵

"Transfer of indefinite duration" raises questions of interpretation: on the one hand, because the indication of an indefinite period does not refer to a permanent transfer, and on the other hand, because it is the termination of the legal relationship itself.

In connection with the termination of the legal relationship, we also need to touch on the issue of severance pay detailed in Section 13 of the Act. Pursuant to paragraph 1: *„The amount of severance pay shall be determined on the basis of the time spent in the health service legal relationship by stipulating that the Government Decree may establish more favourable rules for a person in a health service legal relationship than those contained in Section 77 of the Labour Code.”*. The law determines the amount of severance pay as a function of the time spent in the health service, taking into account the time spent with the legal predecessor in the case of legal succession, in the case of the

²³ Pintér Sándor belügyminiszter levele az egészségügyi jogszabályok tervezetéről https://mok.hu/hirek/mokhirek/pinter-sandor-belugyminiszter-levele-az-egeszsegugyi-jogszabalyok-tervezeterol?fbclid=IwAR3kGc8TBrA4t1veJ6aerz3PPHeSoPh8_rc7heOXNvKoK4moj2QDwp4ZwZA (11.30.2020.);

²⁴ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree § 9;

²⁵ Act XXXIII of 1992 Section 25;

transfer of all or part of the employer, the time spent with the transferring employer in an employment or civil service relationship. It also specifies the calculation of the duration of government service if the person in a health service legal relationship establishes a health service legal relationship as the first legal relationship within 30 days of the termination of her statutory government service relationship. It can be seen that the regulation on the new legal relationship contains a more unfavourable provision compared to the rules on severance pay in the Civil Service Act.

Basic register of health workers

The law provides for a basic register of health care workers in a separate article. In light of this, the law keeps a record of the details of the employer and the employee in a health service relationship with her or him. It is questionable whether the basic register indicated in the law will be introduced in addition to the register regulated so far in Act LXXXIV of 2003, or instead of the register of the State Health Care Centre.

Labour relations

The law designates the Health Service Reconciliation Forum to settle issues related to the health service legal relationship, within the framework of which the Government consults with the representatives of national trade union federations and national municipal interest representation organizations. An important point is that no collective agreement can be concluded with a healthcare provider falling within the scope of the Status Act. Reduction in collective labour law may be a cause for concern in the light of the fact that there is no justification in the legislation at all.

In its current form, the adopted law falls outside the scope of ILO Convention 154, nevertheless, that the Convention designates as an exception the armed forces and law enforcement agencies of a State, special rules may be laid down for the civil service. In its present form, the health legal relationship, as a civil servant relationship, can be classified as a public service, and the possibility of collective bargaining cannot be restricted in this respect.

Section 15 (10), further enhances concerns about the cancellation of a collective agreement: *„The right to strike may be exercised at a state-run health care provider in accordance with special rules laid down in an agreement between the Government and the trade unions concerned.”* We can see that the legislation details the elements of collective labour law in relation to the new legal relationship in a rather short article, mentioning them almost only in passing, without indicating the role of participation.

Empowering provisions

At the present stage of the law, it leaves a number of issues open, resulting in a significant legal gap, which was not even possible with the possibility of judicial practice or interpretation at the time of writing the study. It turns out from the empowering provisions of the law that the legislator intends to settle the open issues later by a government decree, the issues of establishing a further legal relationship, the identity of the licensing body, and the detailed rules of classification. In this regard, at the end of November 2020, the legislator intended to settle certain issues not regulated by law in a government decree.

The new employment relationship aspect of private health care providers

In addition to the public health care system, private practices are also affected by the introduction of the new legal relationship, in § 4, under the heading Prohibition and authorization of further legal relationship. According to this, it is possible to pursue additional gainful activities with the permission of a body appointed by the Government, so the further employment of a health worker in a private health care institution has become just as precarious as the identity of the licensing body, which I have mentioned on earlier in my study. This is the second most critical clause in addition to the rules on secondment for private service providers and workers. Explaining the reason for the regulation by reducing the workload of doctors, based on the position of György Leitner, the president of the Primus Association, which unites private providers: *„there are not enough health personnel for two sectors, here one or both, the public and private sectors will go wrong with a rigid dictatorship”*.²⁶

The new employment relationship on the opinion of the independent health trade union

The Independent Health Trade Union has almost the same opinion as the Hungarian Medical Chamber. appreciates the introduction of wage settlements, but it is less beneficial that, although the wage settlement of health professionals is currently under way, it will lag significantly behind the settlement of medical wages. In addition, employees suffer a loss of earnings due to a reduction in severance pay. Many workers, nurses and assistants take part-time jobs in the private care system, and the issue of licensing also creates uncertainty for them. A large number of infections, typically in the workplace, which force workers to use a sick leave, enhances loss of income. The Independent Health Trade Union also draws the government's attention to the fact that based on their preliminary surveys, to which the stress of increasing workload comes as an additional impulse. The statement issued by the Independent Health Trade Union is available to anyone on the organization's website, where an employee can declare in advance that they will not sign their employment contract establishing a new legal relationship unless the law is amended in certain respects.

The new employment relationship from the hr working aspect

Compared to the possibilities, I can say that I am fortunate enough to study the adopted law from two perspectives as a PhD student and as a civil servant of a labour unit of a health care institution (yet!). As a PhD student, the introduction of the new legal relationship is an exciting field of research, although it is not closely related to my chosen field of research, yet I think it will provide an excellent comparative analysis in the future. All this, of course, requires the closure of issues opened by government decrees indicated in the empowering provisions, in my view, it is only in the possession of that information that it is possible to give a comprehensive picture from the theoretical point of view of the legislation, which will be completed by case - law at a later stage.

From the other point of view, I am less optimistic about the situation and the new employment relationship. Starting with the fact that the information on the new health

²⁶ Időzített bomba lehet az új egészségügyi törvény a magánszolgáltatóknak .<https://piacesprofit.hu/gazdasag/idozított-bomba-lehet-az-új-egeszsegugyi-torveny-a-maganszolgáltatóknak/> (11.10.2020.);

service status of the staff working in the institute must be provided by 30 November 2020 in accordance with the transitional provisions, to which, as I have already mentioned above, we did not receive any instructions, guidelines or implementing regulations until the completion of the study. In the absence of instructions and information, we do not have the opportunity to issue meaningful information, which in my experience significantly increases the uncertainty, distrust and frustration of professionals with their new legal relationship. Our employees are trying to find out about their future on a daily basis, to which we cannot respond by citing the incomplete legal background.

As a HR worker, the rather tight deadlines are worrying. At the time of writing, we have no knowledge of the classification, salary, new employment contract, or qualification process. In the current state of the situation, approaching the deadline for year-end settlements, we will have to do a lot of extra work if we want to meet the deadline for carrying out the reclassifications specified in the law. In this aspect, the entry into force on 1 January carries a significant risk.

Given that Act CXCIX of 2011 already provides for the electronic form of legal declarations, I miss from the provisions of the Act the ways of making legal declarations and the use of the possibilities provided by digital means. In my view, the new legislation blurs the boundaries of public service and labour law rules, as indicated by the fact that the legal relationship between the health services is established by the employment contract of the health service, rather than the appointment and acceptance of a civil servant. I believe that in shaping the regulation of a new employment relationship in the 21st century, we must take into account the benefits and alternatives provided by technological innovations, in my view, the legislature could have provided for an electronic form for making legal declarations.

Furthermore, the development of an HR portal that has already been used successfully in the private sector would provide a high degree of flexibility for both employees and employers. I would put even more emphasis on this, in the shadow of the epidemic. Creating a personnel platform would also make work easier, faster, and traceable for HR workers, reducing personal contact, which is one of the most optimal means of spreading the infection. We could even keep leave records, payroll views and other work and payroll documentation on a similar interface to an SAP system. All this would be necessary to avoid paper-based documentation for electronic communication, to speed up communication and to reduce bureaucracy, a platform similar to the Success Factors application could provide a basis for qualification processes and the development and monitoring of the promotion system. My further suggestion would be to fill in the sick pay certificates in digital form by a GP, referring to the possibility of E-prescriptions, and to make them available in the Healthcare Electronic Service Space system, to which the labour department of health care institutions and even the Hungarian State Treasury performing the actual accounting could have access. All of this can also help reduce infection and speed up administration.

Summary

I believe that the regulation of the new health service legal relationship at the time of writing contains rather unstable, vague wordings, ignoring explanations, additions, and detailed rules. Until the publication of the implementing regulations in the Hungarian Gazette, we could not provide any substantive preparation.

The Hungarian Medical Chamber represents a strong position on behalf of the Hungarian medical community. *“The forcible introduction of the law without preparation and consultation undermines the acceptance of the huge step within the medical community, which is the granting of wages in the public service and the ban on parasolvency.”*²⁷ Based on the countdown application available on their website, the remaining days until the target entry date, 18 November 2020, have been calculated, adding that the chamber has not yet been involved in the development of the regulations by the government.²⁸ The Chamber proposes to postpone the entry into force until March 2021 in order to clarify the legal relationship. I agree with their position, given that the law in its current form raises a number of new questions that have yet to be answered.

The Chamber also wrote to the Ministry of the Interior informing it of the results of its surveys on the new legal relationship, it is refuting the government’s communication that it has involved and will involve the Chamber in the drafting of the law and implementing regulations. If the entry into force of the law is not postponed, the representation of the medical community will hardly have the opportunity for a meaningful consultation.²⁹

The new employment relationship is one of the pillars of the announced health care reform. I do not dispute the need for health care reform, but at the same time the new legal relationship would be more flexibly received by professionals if they could learn about the full model of the transformation process, in the absence of this, unknown funding and financial issues generate further anomalies. The Hungarian health care system today is exposed to a burden for which we can hardly find a precedent when examining the recent period, in view of this, I do not consider it appropriate to increase the insecurity of the employees of the care system; in my view, and stability should be identified as a top priority.

Based on preliminary surveys of the Hungarian Medical Chamber and the Independent Health Trade Union, health care dropouts can be predicted among both doctors and professionals.³⁰ This is exacerbated by the increasing workload, despair, anxiety and impression of worker infection during the epidemic. Similar concerns are expressed by the Hungarian Chamber of Health Professionals, it objects to the short deadline for giving opinions, lacks a proportionate wage system for employees and considers the conditions set out in the legislation to be unfair; therefore, a collection of signatures was launched among members to review and amend the provision.³¹ The incomplete nature of the law, which left many issues unresolved, allows me to conclude that the regulation on the legal relationship with the health service was introduced hastily, also points out that the draft deviates minimally from the adopted legal text and that the related government decree provides a concession on certain issues. Furthermore, from a labour law point of view, several provisions of the bill significantly restrict the rights of trade unions and the possibility of labour relations in violation of ILO conventions.

The law also provides for the issue of parasolvency. I agree with the legislator’s position on this issue, as I support its position that the public health care system should be

²⁷ A Magyar Orvosi Kamara nekiment az orvosok béremeléséről szóló törvénynek <https://24.hu/belfold/2020/10/13/orvosi-beremeles-hiba-mok/> (11.10.2020.)

²⁸ Magyar Orvosi Kamara honlapja <https://mok.hu/> (11.12.2020.);

²⁹ Magyar Orvosi Kamara: Levél a Belügyminiszternek <https://mok.hu/hirek/mokhirek/level-a-belugyminiszternek> (11.12.2020.);

³⁰ Független Egészségügyi Szakszervezet: Levél a képviselőknek a 2020. évi C. törvényről <https://feszeu/hirek/level-a-kepviseloknek-a-2020-evi-c-torvenyrol> (11.13.2020.);

³¹ Magyar Egészségügyi Szakdolgozói Kamara: Aláírásgyűjtés az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény módosítása céljából <http://www.meszk.hu/hirek.aspx?nid=101593&cid=32> (11.14.2020);

relieved of the costs of medical examinations, often in the context of private practice but at the expense of social security.

In fact, in its current state, the law results in vulnerability and finds rejection among professionals, making domestic health care unstable in the shadow of the pandemic. I believe that the aim of the legislator is to empty the Civil Service Act by introducing a new legal relationship, to get out of its scope, for which we have already seen a precedent recently: for those working in a cultural institution. It can be seen that the pandemic provided an excellent opportunity to conduct legal changes, given that the organization of workers' protests (strikes and other forms of assembly) and movements is currently banned, thus limiting the scope for meaningful action against the measures.

The question is whether it is worth devoting resources to the introduction of a new legal relationship rule in the shadow of SARS-COV19, which could clearly jeopardize the stability of patient care and shake up the already unstable balance of healthcare. Near the peak of the epidemic, I do not consider it timely to change the status of health workers; it is questionable to me how much legal certainty is provided by a status change in a pandemic situation.

The study previously addressed the stage of the Act as of 10/11/2020, however, in addition to those explained; additional application issues and anomalies may arise before or during its practical application.

On 17 November 2020, a number of news portals referred to a draft implementing regulation, which is not public, so in the absence of an original document, based on data provided by the Medical Online portal for healthcare professionals: the Government would amend the application of the new employment relationship on some important issues. Among other things, the legal institution of the permit application required for the establishment of an additional legal relationship would enter into force on 1 January 2023, in connection with this; the contributor contracts are valid until 31 December 2022. A substantial change is that the said implementing regulation would maximize the duration of the secondment by 100 days, as opposed to the 1 + 1 year interval allowed by law, which we have already covered in this study (later the decree issued marked this in 44 days, similar to the Labour Code). Another important clause in connection with the posting is that it has narrowed the number of employees who can be posted (on the model of a rule for employment different from an employment contract in Act I of 2012), according to this, secondment does not apply to pregnant and large family doctors, nor to persons who are raising their children alone or their relatives need long-term care.³² Based on the information published on its website, the Hungarian Medical Chamber applies to the Constitutional Court for a petition, a constitutional complaint or an ex-post norm control, and summarizes its position on the draft informal implementing decree.³³

In the letter, the Minister of the Interior stated that the Government had accepted that in connection with the new legal relationship, the information of the employees should be provided after the end of the emergency, which also affects the date of concluding the employment contract. However, it states that in order to avoid financial

³² Tarcza Orsolya: Jogállási törvény: visszavonulót fűjt a kormány [http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny_visszavonulot_fujt_a_kormany\(11.17.2020.\)](http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny_visszavonulot_fujt_a_kormany(11.17.2020.));

³³ See Mok: Most akkor mi van az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló törvénnyel? [https://mok.hu/hirek/mokhirek/most-akkor-mi-van-az-egeszsegugyi-szolgalmati-jogviszonyrol-szolo-torvennyel\(11.24.2020.\)](https://mok.hu/hirek/mokhirek/most-akkor-mi-van-az-egeszsegugyi-szolgalmati-jogviszonyrol-szolo-torvennyel(11.24.2020.)) and Magyar Orvosi Kamara pályázatot hirdet ügyvédek részére: [https://mok.hu/hirek/allasajanlat/a-magyar-orvosi-kamara-palyazatot-hirdet-ugyvvedek-reszere\(11.24.2020.\)](https://mok.hu/hirek/allasajanlat/a-magyar-orvosi-kamara-palyazatot-hirdet-ugyvvedek-reszere(11.24.2020.));

disadvantages, the new salary scale should apply from 1 January 2021. Accordingly, the reclassifications will take place in the current civil service without the conclusion of a new employment contract.

Although the issued Government Decree No. 528/2020 undoubtedly addresses many of the issues already identified in the study, we can still find shortcomings in its implementation. What will happen to workers who may not meet the prerequisites for a new contract? The legislator also left open the important question: which law will apply to the status of technical staff in healthcare institutions? As the new health service legal relationship mainly regulates the employment of doctors, from 1 January 2021, the rule for service staff (those working in the field of institution maintenance and operation) is in question. The text of the Act stipulated in Section 1 (4), with the exception of Section (5), at the health care provider may perform health care activities only in the framework of a health service legal relationship and to carry out activities aimed at ensuring the functioning of the health care and the operation of health services.

The rules of activities aimed at ensuring the functionality of the health care provider and the operation of health services are defined in a Government decree. According to the published Government Decree: „*The scope of activities aimed at ensuring the functionality of the health care provider and the operation of health services is, in particular: 1. Informatics 2. Administration (human resource management, archiving, legal activity, controlling, public procurement, labour, financial accounting)*”³⁴ Although the appendix regulates the legal status of those working in the field of human resources, other economic and IT fields, it does not regulate the legal relations of technical-maintenance, internal suppliers. Will it be possible to maintain the status of a civil servant, or will their legal relationship be transformed into an employment relationship without a number of advantages associated with the status of a civil servant? I do not think it is a very ethical solution that, in the current unstable economic situation, workers are not being properly informed in good time about the additional conditions of their employment. Rational decision-making and well thought out, consistent regulation are needed on this issue.

The introduction of the new health service legal relationship apparently narrows the scope of civil servants. The new legal status no longer necessarily affects the public sector, it orders the application of Act I of 2012 as the underlying legal act, with the Act LXXXIV of 2003 together, disregarding the Civil Service Law. Provisions of this Regulation. This is in contrast to Hobbes's Leviathan, to which Christoph Demmke also refers in his study *The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century*. In Hobbes's view, it was inconceivable that public sector employees could be compared to other employees, but Demmke pointed out that in the 21st century. In the twentieth century, the traditional public service system was abolished in several states, given that living and working conditions have also changed, the civil service requires a more flexible and diverse model, but is therefore less separate from general employment.³⁵

I believe that the introduction of the new legislation will lead to a weakening of the boundaries of the public sector (the civil service will not disappear completely), but at the same time there is a contradiction in the sharp separation of public and private health care

³⁴ Government 528/2020. (XI. 28.) on the implementation of Act C of 2020 on the legal relationship of health services Annex 1;

³⁵ Christoph Demmke: *The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century* DOI: 10.1093/acrefore/9780190228637.013.982.

systems: I believe that a health professional working in a private hospital plays an equally important role as a health professional who has hitherto worked in a civil service relationship, in addition to a health service relationship.

Apparently, Demmke's study focuses on the traditional public service and not the health work model, at the same time, in connection with the change of legal status in Hungary, I trust that the goal of the current government will also be to create a more flexible, diverse legal relationship that meets economic needs.

References:

Act XXXIII of 1992

Act LXXXIV of 2003

Act XX of 2003 amending Act XXII of 1992 on the Labour Code and related laws for the purpose of legal harmonization

Act C of 2020

Act C of 2020 No. 1 Annex

Act XXXII of 2020 on the Transformation of the Legal Relationship of Employees in Cultural Institutions

A Magyar Orvosi Kamara nekiment az orvosok béremeléséről szóló törvénynek <https://24.hu/belfold/2020/10/13/orvosi-beremeles-hiba-mok/> (11.10.2020.)

A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (11.05.2020.)

A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről. <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (11.05.2020.)

Christoph Demmke: The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century DOI: 10.1093/acrefore/9780190228637.013.982

Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. PRUGBERGER Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1

Független Egészségügyi Szakszervezet: Levél a képviselőknek a 2020. évi C. törvényről <https://feszu.hu/hirek/level-a-kepviseloknek-a-2020-evi-c-torvenyrol> (11.13.2020.)

Horváth István: Félve boncolás – a közalkalmazotti törvény fokozatos hatályvesztéséről Munkajog, 2020/3. lapszám, p32-39.

<https://mok.hu/hirek/mokhirek/most-akkor-mi-van-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszonyrol-szolo-torvennyel>

https://mok.hu/hirek/mokhirek/pinter-sandor-belugyminiszter-levele-az-egeszsegugyi-jogszabalyok-tervezeterol?fbclid=IwAR3kGc8TBrA4t1veJ6aerz3PPHeSoPh8_rc7heOXNvKoK4moj2QDwp4ZwZA (11.30.2020.)

Időzített bomba lehet az új egészségügyi törvény a magánszolgáltatóknak. <https://piacesprofit.hu/gazdasag/idozített-bomba-lehet-az-új-egeszsegugyi-torveny-a-maganszolgáltatoknak/> (11.10.2020.)

Kiss György: Közszolgálati életpályák jogi szabályozása Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. p.139.

Kjt 25/B (3)

Kormány 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelete az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény végrehajtásáról

Magyar Egészségügyi Szakdolgozói Kamara: Aláírásgyűjtés az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény módosítása céljából <http://www.meszk.hu/hirek.aspx?nid=101593&cid=32> (11.14.2020.)

Magyar Orvosi Kamara honlapja <https://mok.hu/> (11.12.2020.)

Magyar Orvosi Kamara pályázatot hirdet ügyvédek részére: <https://mok.hu/hirek/allasajanlat/a-magyar-orvosi-kamara-palyazatot-hirdet-ugyvedek-reszere> (11.24.2020.)

Magyar Orvosi Kamara: Levél a Belügyminiszternek <https://mok.hu/hirek/mokhirek/level-a-belugyminiszternek> (11.12.2020)

Mok: Most akkor mi van az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló törvénnyel?

Pintér Sándor belügyminiszter levele az egészségügyi jogszabályok tervezetéről

Tarcza Orsolya: Jogállási törvény: visszavonulót fűjt a kormány http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny__visszavonulot_fujt_a_kormany (11.17.2020.)

DREPTURILE CONSTITUȚIONALE FUNDAMENTALE ȘI INTERDICȚIILE ÎN PANDEMIA COVID 19

FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL RIGHTS AND PROHIBITIONS IN THE COVID 19 PANDEMIC

Aurelia Maria TITERE¹,
Cristina Ioana TODORAN²

Rezumat:

Lumea întreagă traversează o perioadă atipică, o perioadă care nu are precedent dar care poate fi ușor asemuită cu marile dezaastre ce au avut loc în secolele trecute. Încă de la primele informații pe care le-am primit despre noul Coronavirus acesta ni s-a părut deranjant și primejdios, l-am văzut din prima clipă ca pe un lucru negativ dar fără a ne gândi poate, la amploarea pe care avea să o ia. Clasificarea COVID-19 ca pandemie nu însemna la acel moment neapărat o rată de mortalitate extrem de mare ci mai degrabă o acceptare a acestui virus la nivel universal, de asemeni devenind foarte greu să revenim la normalitatea știută nu demult.

În perioada stării de urgență, ordinea juridică și socială de la noi din țară a trebuit să se conformeze efectelor unor noi instrumente juridice de legiferare și anume ordonanțele militare.

Drepturile și libertățile cetățenilor sunt garantate de Constituție iar restrângerea acestora în timpul pandemiei a avut și încă are loc printr-un mecanism constituțional. Conform art. 53 din Constituția României exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți fundamentale poate fi restrâns doar prin lege și numai dacă se urmărește un scop legitim. Pentru a se putea întâmpla, în limitele constituționale, restrângerea trebuie să fie necesară, adecvată, nediscriminatorie și temporară pentru a ne se ajunge la suprimarea dreptului ori a libertății.

Cu toate acestea cert este că impunerea unor restricții a fost cât se poate de rezonabilă și bine venită atât timp cât contribuie la oprirea Covid- 19.

Cuvinte cheie: coronavirus, pandemie, Constituție, cetățeni.

Abstract:

The whole world is going through an extraordinary period that is unprecedented but that can be easily compared to the catastrophes of the last century. From the first information we had about the new Coronavirus, seemed annoying and dangerous, without thinking, perhaps, about the magnitude that would take. The classification of COVID-19 as a pandemic did not necessarily mean at the beginning, an extremely high mortality rate but rather a global recognition of this virus.

During the state of emergency, our legal and social order in the country had to comply with the effects of new legal instruments of legislation, named military ordinances. Citizen's rights and freedoms are guaranteed by the Constitution, the exercise of certain fundamental rights or freedoms may be restricted only by law and only if a legitimate aim is pursued. In order to be able to be within constitutional limits, the restriction must be necessary, appropriate, non-discriminatory and temporary in order not to lead to the suppression of the right of freedom.

Keywords: Corona virus, pandemic, Constitution, citizens.

¹ Studentă la Universitatea Oradea, Facultatea de Drept, specializarea Drept, an 1; lucrarea a fost elaborată sub coordonarea lector univ.dr. Goia Simina;

² Studentă la Universitatea Oradea, Facultatea de Drept, specializarea Drept, an 1;

Contextualizare:

Dreptul la liberă circulație

Conform Constituției României, art. 25³, dreptul la liberă circulație (atât în țară cât și în străinătate) este garantat, face parte din drepturile inerente ființei umane, iar în doctrină se prevede faptul că libera circulație face parte din drepturile de primă generație.

Legea stabilește condițiile dreptului la liberă circulație, inclusiv restrângeri, care trebuie să fie în acord cu prevederile articolului 53 din Constituție, referitoare la condițiile restrângerii exercițiului unor drepturi sau libertăți⁴.

Pentru a limita transmiterea virusului atât în Europa cât și în afara acesteia, UE și-a închis granițele pentru călătorii considerate neesențiale lăsând liberă circulația bunurilor esențiale, importante, pe teritoriul ei prin crearea unor „culoare verzi”⁵.

Conform art. 53⁶, restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți, alineatul 1, exercițiul unor libertăți poate fi restrâns doar prin lege și doar dacă se impune.

Fiind ființe sociale ne place să călătorim, să ne întâlnim prietenii, să mergem în concedii, la muncă în colectivitate, la evenimente dar din cauza pandemiei COVID-19 atât în România cât și în celelalte țări au fost impuse măsuri drastice de restricționare a drepturilor și libertăților. În acest context, drepturile noastre la liberă circulație în perioada în care suntem amenințați de un virus periculos nu doar că ne-ar fi pus viața în pericol dar nerespectând aceste măsuri am fi contribuit la răspândirea Sars Cov-2. Argumentul ce sprijină limitarea libertății noastre de circulație este reducerea contactului între oameni întrucât un număr mare de infectări se produc în mediul privat.

Tot pentru limitarea contactelor între oameni trebuie să ne amintim și perioada în care cetățenii români care se întorceau în țară în perioada stării de urgență erau plasați în carantină obligatorie în diverse locuri, alții erau conduși de către poliție către localitățile lor de origine.

Pe perioada pandemiei, au fost dezvoltate proiecte având ca obiectiv creșterea calității vieții și combaterea situațiilor de risc pentru persoanele vârstnice și cu dizabilități izolate la domiciliu sau cu restricții și dificultăți de deplasare.

Peste 100.000 de astfel de persoane afectate de izolarea impusă au primit sprijin din partea asistențelor sociale în cadrul proiectului finanțat de Fondul Social European, prin Programul Operațional Capital Uman⁷.

Dreptul la învățătură

Dreptul la învățătură conform Constituției României, art. 32, este unul dintre drepturile fundamentale fiind parte a procesului de educație. Orice persoană are dreptul la învățătură, nimănui nu i se poate refuza acest drept, dreptul la instruire. Statul trebuie să se implice creând școli unde copiii să poată învăța, să se poată dezvolta, unde micii oameni de astăzi să se poată transforma în oamenii mari de mâine, cu roluri utile în societatea noastră.

Școlile nu reprezintă doar un mod de educație academic, la școală copiii și tinerii au parte de interacțiune cu cei de vârsta lor, învață abilitățile emoționale și sociale. Școala deschide ochii copilului către cunoașterea lumii în care trăiește, școala oferă elevului un

³ <https://www.constitutiaromaniei.ro/art-25-libera-circulatie/>

⁴ Safta M., Drept constituțional și instituții politice, Vol. I. Teoria generală a dreptului constituțional. Drepturi și libertăți, ed. a 4-a, revizuită, Ed. Hamangiu, București, 2018 p. 86

⁶ <https://www.constitutiaromaniei.ro/art-53-restrangerea-exercitiului-unor-drepturi-sau-al-unor-libertati/>

cadru perfect pentru formare, dezvoltare armonioasă și socializare. Școala este principalul factor de educare și formare a personalității copilului, a viitorului adult, factor principal de dezvoltare a societății noastre. Școala ne ajută să legăm și să menținem prietenii, ne ajută să învățăm cum să lucrăm în echipă, echipa fiind temeliea unei societăți de succes⁸.

Pandemia de Covid 19 care a dus la închiderea școlilor în peste 20 de țări, cursurile fiind urmate on-line, ne-a demonstrat că educația nu se oprește la poarta școlii, cadrele didactice de pretutindeni depunând eforturi, adaptându-se și făcând tot ce le-a stat în putință pentru elevii și studenții lor din online.

La noi în țară au înfruntat însă o realitate tristă unii dintre copiii care trăiesc în medii defavorizate și provin din familii dezavantajate, copiii din mediile sărace ori cei de etnie rromă majoritatea neavând acces la internet și alte instrumente necesare pentru studiul la distanță statisticile spunând că la noi în țară în jur de 65.000 de copii nu au frecventat școala deloc în varianta online din lipsă de echipamente necesare pe care statul ar fi trebuit să le pună la dispoziția acestora.

Violența domestică

Vremurile tulburi, perioada dificilă, fără precedent, la toate acestea nu ne așteptam. Deși părea greu de crezut, izolarea la domiciliu împreună cu măsurile restrictive au devenit pentru prima dată în istorie soluția salvatoare.

Chiar dacă a fost o alegere plauzibilă la momentul respectiv, coexistența forțată în această perioadă de lockdown, a atras riscul unei expuneri mai mari la violența domestică. Cazurile de violență domestică s-au înmulțit considerabil în perioada pandemiei datorită restricțiilor pe care a trebuit să le respectăm, toate acestea ducând nu doar la creșterea numărului de persoane abuzate ci și la faptul că situațiile de rănire au devenit tot mai numeroase.

Din acest punct de vedere putem spune că izolarea reprezintă o formă prin care se manifestă violența în familie, pentru persoanele abuzate singurul timp disponibil pentru a cere ajutor serviciilor competente fiind atunci când erau departe de casă ori când făptuitorul era plecat de acasă, casa devenind astfel cel mai puțin sigur loc.

Accesul la cultură

Conform art. 33⁹ din Constituția României, accesul la cultură, este garantat, în condițiile legii.

În întreaga lume, pandemia de COVID-19 a dus la închiderea muzeelor, teatrelor, cinematografele, sălilor de concerte, anularea festivalurilor, expozițiilor, conferințelor sau a altor festivități culturale de masă, sectorul cultural fiind afectat de măsurile de limitare a mișcării persoanelor pentru a ține sub control răspândirea coronavirusului. La momentul actual, deși unele săli au fost redeschise, capacitatea maximă neputând fi atinsă datorită măsurilor sanitare.

Cultura nu este importantă doar în viața noastră cotidiană, ea este și parte integrantă a economiei, în timpul pandemiei sectorul cultural aflându-se printre cele mai grav afectate.

Atât în țara noastră cât și la nivelul UE, s-a recurs la măsuri specifice ce au venit în sprijinul lucrătorilor din domeniul cultural.

⁸ Deaconu Șt., Drept constituțional, ed. 4, Ed. C.H. Bech, 2020, p. 32

⁹ <https://www.constitutiaromaniei.ro/art-33-accesul-la-cultura/>

Conform alin. 3 al art. 33 din Constituția României „Statul trebuie să asigure păstrarea identității spirituale, sprijinirea culturii naționale, stimularea artelor, protejarea și conservarea moștenirii culturale, dezvoltarea creativității contemporane, promovarea valorilor culturale și artistice ale României în lume”.

Dreptul la ocrotirea sănătății

Dreptul la ocrotirea sănătății este un drept fundamental al persoanei, strâns legat de existența fizică și psihică, individuală și socială a acesteia. Conform Constituției, prin art.34 alin. 1¹⁰, dreptul la ocrotirea sănătății este garantat.

În contextul crizei de Coronavirus, în perioadele de urgență în materie de sănătate, carantina a fost o măsură legitimă a statului acesta trebuind să se preocupe în primul rând de drepturile persoanelor prinse în carantină, ca acestea să poată avea acces la servicii de sănătate adecvate.

Vârșnicii au reprezentat un segment deosebit de vulnerabil în fața virusului COVID-19, astfel, trebuind să beneficieze de măsuri suplimentare de protecție, să li se asigure, în măsura posibilităților achiziționarea de medicamente, de acces la serviciile medicale necesare, etc. Fiecare persoană să beneficieze de asistență medicală, și nimeni să nu rămână în afara sistemului prin nespitalizare ori nemonitorizare și netratate, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, prin art. 35 arată că „orice persoană are dreptul de acces la asistență medicală preventivă și de a beneficia de îngrijiri medicale în condițiile stabilite de legislație și practicile naționale.

În România, așa cum se precizează în Constituție dreptul la sănătate este garantat de către stat (alin. 1 art. 34) dar acest drept la ocrotirea sănătății nu poate fi garantat decât dacă se află în strânsă legătură cu celelalte drepturi fundamentale prevăzute de Constituție.

Concluzie

Pandemia Covid-19 a reușit să se infiltreze în toate societățile într-un timp foarte scurt iar multe dintre acestea au avut de suferit. Fiind prima pandemie provocată de un coronavirus, Covid 19 a profitat de politicile de sănătate publică uneori neadecvate din multe țări iar răspunsul multor guverne nu a fost la înălțimea provocării ridicate de această urgență globală.

S-a ajuns la proclamarea stării de urgență în care chiar și cele mai bune sisteme de sănătate din lume au întâmpinat probleme. Astfel, în câteva luni, acest virus letal s-a înmulțit și a infectat milioane de oameni, o pandemie în adevăratul sens al cuvântului.

Pornind de la drepturile noastre și aplicarea lor într-un mod satisfăcător pentru noi, ca societate în momentele de criză asemănătoare celor prin care tocmai am trecut ne va ajuta să găsim soluții echitabile pentru astfel de situații, situații ce se vor putea repeta în viitor întrucât amenințarea o constituie virusul, nu oamenii.

¹⁰ <https://www.constitutiaromaniei.ro/art-34-dreptul-la-ocrotirea-sanatatii/>

Bibliografie

- Deaconu Șt., Drept constituțional, ed. 4, Ed. C.H. Bech, 2020;
- Safta M., Drept constituțional și instituții politice, Vol. I. Teoria generală a dreptului constituțional. Drepturi și libertăți, ed. a 4-a, revizuită, Ed. Hamangiu, București, 2018;
- OUG nr. 34/2020 <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/224526>
- OUG nr. 1/1999 <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/16739>
- <http://mmuncii.ro/j33/index.php/ro/proiecte-programe/in-curs-de-implementare/5961-sprrijin-pentru-persoanele-vunerabile-in-contextul-epidemiei-covid-19>
- <http://mmuncii.ro/j33/index.php/ro/proiecte-programe/in-curs-de-implementare/5961-sprrijin-pentru-persoanele-vunerabile-in-contextul-epidemiei-covid-19>
- <https://www.zf.ro/eveniment/regimul-ordonantelor-militare-fata-in-fata-cu-drepturile-si-19073221>
- <https://www.dreptulmedical.ro/wp-content/uploads/2018/01/Dreptul-la-sanatate-Cristina-POP-6.pdf>
- <https://www.europarl.europa.eu/news/ro/headlines/priorities/raspunsul-ue-la-coronavirus/20200327STO76004/10-lucruri-pe-care-le-face-ue-pentru-a-combate-coronavirusul>

ISSUES OF INTRODUCING A NEW HEALTH LEGAL RELATIONSHIP IN HUNGARY

Zsófia RICZU

Abstract:

SARS-COV19, in addition to placing a huge burden on health, has had and continues to have an impact on our economy. Changes in working conditions have led to changes in legislation. During the pandemic, it became clear that the previous labour law regulations could not fully cover the emergency situation created by the epidemic, so not only the issue of regulating telework was on the agenda in the legislature, but also the transformation of employment in health care workers. I examine Act C of 2020 as an employee of the labour management department of a health institute and a PhD student, comparing it with the alternatives of practical feasibility.

Keywords: *health workers, workers in health care, change of status*

Introduction

With the triambulum of Act XXII of 1992, Act XXIII of 1992 and Act XXXIII of 1992, the triple division developed after the change of regime in Hungarian Labour Law. The Civil Servants Act had not yet emerged as an option that certain public institutions might be excluded from the scope of this Act. This is also indicated by the fact that the law did not contain a provision to that effect; further, this is also shown by the fact that both the private sector and the public sector were subject to separate law.¹ The transposition of Directive 77/187 / EEC (Maintaining workers' rights in the event of succession) and the subsequent Directive 2003/23 / EC established the institutional framework for employer succession. Allowing interoperability between legal relationships has raised the need for the possibility of a change of legal relationship, made possible by an amendment to the Labour Code (Act XX of 2003)² Section 25 / A of the Civil Service Act (also provided for the issue of change of legal relationship, which the legislator arranged very similarly for Act XXIII of 1992.³ Based on the position of György Kiss, in the light of the above regulation, the outsourcing of public service legal relations and certain functions has gained practically legal recognition.⁴ This also appears on the provider side of the state that represents health care, so where we are not necessarily talking about performing an official task.

The epidemiological situation in Hungary in March 2020 placed a huge burden on health care, the economy, the burden on the state has increased, and there has been a greater emphasis on the underlying responsibilities of the state. Changes in working conditions have led to changes in legislation. During the pandemic it became clear that the previous labour law regulations could not fully cover the emergency, created by the

¹ Horváth István: Félve boncolás – a közalkalmazotti törvény fokozatos hatályvesztéséről Munkajog, 2020/3, p32-39.

² 2003. évi XX. törvény 14. §

³ 2003. évi XX. törvény a Munka Törvénykönyvéről szóló 1992. évi XXII. törvény, valamint az ezzel összefüggő törvények jogharmonizációs célú módosításáról

⁴ Kiss György: Köszolgálati életpályák jogi szabályozása Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. p.139.

epidemic, therefore, it is not just the issue of telework and home-office regulation that has been on the agenda in the legislature but it has aimed the transformation of the employment of civil servants in certain cultural institutions into employment and restructuring the employment of healthcare workers.⁵ Draft law T/13174 was passed by the National Assembly in October 2020, whose provisions are aimed at transforming the domestic health care structure. Act C of 2020, adopted on the basis of the draft law, also affects the transformation of the legal relations of health care workers, although it contains rules for the elimination of parasolvency. The law divided health care experts and trade unions from a labour law perspective, and the Hungarian Medical Chamber expressed a strong opinion in this regard. As a person working in the labour management department of a health care institution, I would like to analyse the adopted law on the legal relationship of health care from the point of view of professionals and technical staff, comparing it with the positions of the esteemed Medical Chamber, Hungarian Chamber of Health Care Professionals and the Independent Health Trade Union. The law raises and leaves open a number of issues with its provisions that are controversial and need to be clarified from a labour law perspective.

Act C of 2020: on the legal status of the health service

Surely, we have all been informed about the new Health Service Legal Relations Act, if nothing else, through echo in the media. The law seems rather short at first reading, summarizing the rules on the legal relationship in the health service in only 22 articles. All this suggests that several implementing regulations will be issued for legal situations not regulated by this law or arising in the meantime.

The new legal relationship raises a number of issues for professionals and technical staff. In the preamble of the law, the Parliament acknowledges the position of Hungarian doctors during the pandemic. For many of us, the preamble already raises questions, given that it merely acknowledges the work of doctors, ignoring the praise of professionals. It also refers to the fact that the law was drafted taking into account the proposals of the Hungarian Medical Chamber, and that the wage settlement of professionals is still in progress. It also states that healing is a public service activity and that the new employment relationship was established in order to improve the health care system and to provide a higher level of financial recognition for the service of workers.⁶ The Hungarian Medical Chamber complements this by considering private health care as part of health care, despite the fact that the state health care system is dominant.⁷

Pursuant to the law, as of January 1, 2021, the legal relationship of civil servants who are employed by a health care provider will be transformed into a legal relationship of health service. With regard to personal scope, the Act gives a broad interpretation in subsection (1) and although subsection (3) seeks to clarify the scope of personnel, refers

⁵ Act XXXII of 2020 on the Transformation of the Legal Relationship of Employees of Cultural Institutions and on Amendments to Certain Cultural Acts, which concerns Act LXVI of 1995. Act CXL of 1997. Act XCIX of 2008, the legal status of civil servants covered by the listed laws was transformed into employment under Act I of 2012 on 1 November 2020, and as of 1 July 2020, a new civil service relationship can no longer be established in these institutions.

⁶ Magyar Közlöny 2020. évi C. törvény

⁷ A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgالاتi-jogviszony-torvenyrol> (11.5.2020..)

to the listing of Section 4 of Act LXXXIV of 2003; nevertheless, I believe an exhaustive listing would be needed, either within the law or in a government decree. It is stated that in the future, activities can only be carried out within the framework of this legal relationship, mentions as an exception, the cases of the contributor as well as the volunteer helper, records the use of the personal contributor as an exception. According to the Chamber, the issue of personal scope can be a cause of serious supply disruptions.⁸ Earlier, Tímea Barzó and Tamás Prugberger also pointed out that health care activities could be established in several legal relationships, which are listed item by item in Act LXXXIV of 2003.⁹ In her dissertation, Csilla Nebehaj also examined a wide range of legal relationships applicable in healthcare, affected retirement employment and atypical employment opportunities in addition to employment and civil servants.

As a labour rapporteur, I have my concerns about the unification of legal relations, considering that the number of contributory contracts at their institute is significant, the amendment of the contracts of these persons is not expected to be implemented until the new legal relations come into force. In addition, we must inform the employees about the new legal relationship by 30 November 2020 in accordance with the transitional provisions, for which we have not received any guidelines or implementing regulations until the completion of the study.

The establishment of an employment relationship, the issue of employment contracts and probation period

The health service legal relationship is established with a health service employment contract, which is a change from the appointment of a civil servant used so far. Even the term employment contract is a change from the current appointment of a civil servant. The law excludes from the establishment of the employment relationship those persons who fight against the state, fight against the judiciary, corruption, and criminal offenses against public trust during the scope of the initiated criminal proceedings, or who has been sentenced to imprisonment to be executed or suspended and who has been sentenced to work in the public interest or to a fine for a criminal offense.

The law stipulates a mandatory 3-month probationary period; it is a question of whether the probationary period also applies in the event of a change in legal status. Section 25 / B (3) of the Act on the Status of Civil Servants states that *„In the case of a civil servant relationship of indefinite duration, unless otherwise provided by law, a legal relationship of indefinite duration shall be established with the receiving employer. In the case of full-time employment, a full-time employment relationship must be established with the receiving employer. No probationary period may be stipulated with regard to the legal relationship to be established with the receiving employer.”*¹⁰ Although the provision is not specifically aimed at a change of status, the stipulation of a probationary period is a formality, but may give rise to misuses, and workers are uncertain about the probation period, given that Act C of 2020 does not refer to the application of the Civil Service Act with regard to probation.

⁸ A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről. <https://mok.hu/hirek/mokhirek/-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalmati-jogviszony-torvenyrol> (11.5.2020..)

⁹ Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. PRUGBERGER Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1

¹⁰ Act XXXIII of 1992. 25/B (3)

Government Decree 528/2020 (XI. 28.) on the implementation of Act C of 2020 on the legal status of the health service has published in the Hungarian Gazette on 28 November 2020. A number of issues are addressed by the regulation issued, stipulates, inter alia, that the establishment of a health service relationship may be based on an individual decision of the employer or based on a restricted procedure, in the case of a restricted procedure a three-member preparatory committee may be established¹¹.

With regard to the employment of minors, the regulation allows the establishment of a health service relationship with a person under the age of eighteen provided that the person concerned is undergoing training to obtain the required professional qualifications¹². In addition, it sets out the content elements of the health service employment contract, the employer's obligation to provide information and notification in this regard.¹³, designate the licensing authority for the establishment of the additional legal relationship¹⁴.

Prohibition and authorization of further legal relationship

A person in a health service relationship may not perform health care activities not covered by his or her health service relationship at the registered office or premises of the health care provider employing him or her., this person may establish a legal employment relationship for further work, including other gainful employment, as well as activities for remuneration (with the exception of scientific, teaching work) only with the prior permission of a body designated by the Government. With regard to further legal relationship, there are concerns about the indication of the authorization contained in the provisions; also, leaves open the question of the authorizing body, so it empowers an unknown body on a very important matter. In my view, the conditions for restrictions related to conflicts of interest should be listed in the law, in addition to the fact that it would be appropriate to name the licensing body.

According to Government Decree no. 528/2020, the above-mentioned licensing body is typically the head of the health care provider, the head of the governing county institution, the president of the clinical centre, or, in the case of a health care provider owned or maintained by a church legal entity, the church owner or maintainer. We can also examine the provision of the law that prohibits the head of the service institution from carrying out healing activities..¹⁵ In practice, the head of a medical institution cannot place an outpatient order. We could draw a parallel with the provisions of the Labour Code concerning senior employees, although in the latter case (among other things) the prohibition provision applies to the restriction of the establishment of other legal relationships, while in the case of the head of the institute (except in cases where an mandated head is at the head of the institute) he has so far performed both managerial and healing activities within the framework of a civil servant relationship. In the case of a manager or a senior manager pursuant to § 10 the health service employment contract must stipulate that the higher managerial or managerial assignment may be revoked unilaterally by the employer.

¹¹ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 3. §

¹² 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 4. §

¹³ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 6. §

¹⁴ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree 7. §

¹⁵ Act C of 2020 4 (10)

Duty Time, Working hours

The Act provides for the application of the Labour Code to the working hours of a person in a medical service relationship, with the exceptions established in Act LXXXIV of 2003, with the proviso that the break between works is part of the working time. Act I of 2012 determines the amount of working time: in the case of full-time employment, this is 8 hours per day, which can be increased to 12 hours in a standby job based on Section 92 of the Labour Code. In addition, a specific legal institution prevails in health care, the legal institution of voluntary overtime, which was regulated by Act LXXXIV of 2003.¹⁶ As Tamás Pugberger and Tímea Barzó recorded: the healthcare worker cannot be forced to take on additional work and discrimination against the worker is prohibited in connection with this.¹⁷ The implementing regulation supplements the provisions of the law with regard to working time and rest periods, fixing the application of the 3-month working time limit.

Rest period

Whereas both the draft law and the adopted law provide for the application of the Labor Code to the working time of a person in a medical service relationship, with the exceptions laid down in Act LXXXIV of 2003, in my interpretation, the latter, Act LXXXIV of 2003, will continue to apply to the daily, weekly rest period of the worker. With regard to paid leave, the law established the regulation based on the Civil Servants Act. It also states that it prohibits the accumulation of paid leave as well as the redemption of leave in cash – except for the termination of the legal relationship. This is an innovation compared to the Civil Service Act and raises additional issues in the light of the current epidemiological situation (in the absence of a government decree). The law allows for the use of paid leave accrued and not taken until 31 December 2020, exempting institutions from the monetary redemption of paid leave.

Qualification procedure

Regarding the qualification procedure, the law specifies the rules of each qualification procedure in a government decree. In my opinion, in order to avoid misuses, the objective criteria for classification should be laid down in the law, based on the model of the Civil Service Law. The government decree issued at the end of November also contains rules on qualification, the qualification sheet in the appendix concerns, among other things, professional-practical work, problem solving, patient feedback, malfunctions, reoperation, working time management, ethical behaviour, and decision-making.

Salary and grading

Further explanations are needed regarding salary and grading. The law lists item by item the legal relationships that can be taken into account when classifying into a grade, but it lack of consideration in the list of periods of employment with a non-medical

¹⁶ Act LXXXIV of 2003 12 / B. §

¹⁷ Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. PRUGBERGER Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1 p.26

institution or an employer subject to non-public service legislation. For me, the classification is questionable: in the case of an employee working for a health care provider in the technical and economic field in what grade, he is classified (if during previous periods of employment he was exclusively subject to the Labour Code). In addition, the salary scale indicated in the annex does not include the salary scales for lower-skilled, typically non-skilled jobs.¹⁸ Furthermore, it is a matter of concern that if the employee does not accept the salary based on the qualification, the employer may terminate the employment relationship.¹⁹

The above-mentioned dilemmas regarding salary and classification suggest that salary developments may be in the light of the bargaining between the employee and the healthcare provider – this is also indicated by the fact that Act LXXXIV of 2003 does not apply to the remuneration of voluntary overtime.²⁰ A further question related to the salary is whether, if the health worker is excluded from the scope of the Civil Service Act, if the new employment relationship is accepted, the employee will receive the 50% travel discount to which he or she became entitled in his or her previous employment relationship. How the level of travel reimbursement will develop in the future? The possibility of sublease support as other benefits in the case of civil servant status is also questionable.

In connection with the salary, a government decree stipulates that the director general of the national hospital shall determine the additional fees in addition to the salary, the terms and level of remuneration, providing some flexibility for the payment of on-call, standby and replacement fees. It also stipulates that reimbursable and non-refundable grants may be awarded, the conditions and extent of which are determined by the maintainer or owner of the healthcare provider., thereby providing the opportunity to support the cost of housing allowance, commuting to work, however, however, it still does not regulate the issue of a 50% travel allowance for civil servants.

Employment different from an employment contract

Undoubtedly, the greatest echo among health workers can be attributed to the possibility of employment different from an employment contract. In view of the pandemic, the legislator's aim was obviously to meet the criterion that health care should operate without interruption in the event of an epidemic. However, in the absence of detailed rules, the relevant provisions are rather unilateral, which result in resistance on the part of healthcare workers. According to the Hungarian Medical Chamber, the provision has an incompatible effect on both the work and privacy of doctors, adding that stricter and clearer rules would be needed.²¹ In the absence of a government decree and detailed rules, it is also questionable to reimburse the financial burdens and additional costs associated with the secondment (e.g. accommodation, travel).

While in the case of employees employed under the Labour Code, based on a unilateral decision of the employer, in the framework of employment different from an employment contract, the employee may be temporarily transferred to 44 working days or 352 hours per calendar year, and employment different from an employment contract is

¹⁸ Act C of 2020 No. 1 Annex

¹⁹ Act C of 2020 Section 8 (12)

²⁰ Act C of 2020 Section 8 (13)

²¹ A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről. <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (11.5.2020..)

possible by agreement of the parties, Until then, the new Service Relations Act may, on the basis of a unilateral decision of the employer, assign a person in a health service relationship to another healthcare provider for a definite period of time provided that the duration of this secondment may not exceed one year, which may be extended once by a maximum of one year. It can be seen that while the Labour Code prioritises the agreement of the parties, the new legal relationship leaves the posting to the unilateral decision of the employer. The aim of the legislator is obviously to maintain a uniform standard of health care; nevertheless, I believe that a posting for a period of 1 + 1 years would be disproportionately detrimental to the worker, given that it does not resolve the issue of the accommodation of a worker seconded in this way.

The implementing regulation specifies the rules for employment other than employment contracts: the possibility of a non-emergency secondment applying the model of Act I of 2012, it indicates the duration of the secondment in 44 days. I would add that, in consultation with the Minister of the Interior and the Hungarian Medical Chamber, the duration of a pandemic emergency is not affected by this provision.²² The decree also settles the issue of relocation: in the case of relocation, the conditions set out in Section 12 (2) must always be set out in a tripartite agreement.²³

Termination of legal relationship

In order to terminate the legal relationship, the Labour Code is assigned as the underlying legal act by the law, supplemented by the fact that the legal relationship can also be terminated by transfer. An agreement on the transfer is required; however, the law no longer specifies between which parties this agreement must be concluded. – Between the worker and the employer, or between the two employers. In the latter case, there is concern that the transfer may take place without the consent of the professional. In addition, the maintainer may initiate a transfer for an indefinite period, so that the transfer is designated as a terminating legal institution, similar to the provisions of the Civil Servants Act:

„25. § (2) the employment of a civil servant may be terminated:

1. of this Act, furthermore

*2. * this Act and the Act on Civil Servants,*

*3. * this Act and the Act on the Status of National Defence Employees*

*4. * and legislation governing professional and contractual employment,
Between employers subject to the law”²⁴*

"Transfer of indefinite duration" raises questions of interpretation: on the one hand, because the indication of an indefinite period does not refer to a permanent transfer, and on the other hand, because it is the termination of the legal relationship itself.

In connection with the termination of the legal relationship, we also need to touch on the issue of severance pay detailed in Section 13 of the Act. Pursuant to paragraph 1: *„The amount of severance pay shall be determined on the basis of the time spent in the health service legal relationship by stipulating that the Government Decree may establish*

²² Pintér Sándor belügyminiszter levele az egészségügyi jogszabályok tervezetéről https://mok.hu/hirek/mokhirek/pinter-sandor-belugyminiszter-levele-az-egeszsegugyi-jogszabalyok-tervezeterol?fbclid=IwAR3kGc8TBrA4t1veJ6aerz3PPHeSoPh8_rc7heOXNvKoK4moj2QDwp4ZwZA (11.30.2020.)

²³ 528/2020. (XI. 28.) Government Decree § 9

²⁴ Act XXXIII of 1992 Section 25

more favourable rules for a person in a health service legal relationship than those contained in Section 77 of the Labour Code.” The law determines the amount of severance pay as a function of the time spent in the health service, taking into account the time spent with the legal predecessor in the case of legal succession, in the case of the transfer of all or part of the employer, the time spent with the transferring employer in an employment or civil service relationship. It also specifies the calculation of the duration of government service if the person in a health service legal relationship establishes a health service legal relationship as the first legal relationship within 30 days of the termination of her statutory government service relationship. It can be seen that the regulation on the new legal relationship contains a more unfavourable provision compared to the rules on severance pay in the Civil Service Act.

Basic register of health workers

The law provides for a basic register of health care workers in a separate article. In light of this, the law keeps a record of the details of the employer and the employee in a health service relationship with her or him. It is questionable whether the basic register indicated in the law will be introduced in addition to the register regulated so far in Act LXXXIV of 2003, or instead of the register of the State Health Care Centre.

Labour relations

The law designates the Health Service Reconciliation Forum to settle issues related to the health service legal relationship, within the framework of which the Government consults with the representatives of national trade union federations and national municipal interest representation organizations. An important point is that no collective agreement can be concluded with a healthcare provider falling within the scope of the Status Act. Reduction in collective labour law may be a cause for concern in the light of the fact that there is no justification in the legislation at all.

In its current form, the adopted law falls outside the scope of ILO Convention 154, nevertheless, that the Convention designates as an exception the armed forces and law enforcement agencies of a State, special rules may be laid down for the civil service. In its present form, the health legal relationship, as a civil servant relationship, can be classified as a public service, and the possibility of collective bargaining cannot be restricted in this respect.

Section 15 (10), further enhances concerns about the cancellation of a collective agreement: *„The right to strike may be exercised at a state-run health care provider in accordance with special rules laid down in an agreement between the Government and the trade unions concerned.”* We can see that the legislation details the elements of collective labour law in relation to the new legal relationship in a rather short article, mentioning them almost only in passing, without indicating the role of participation.

Empowering provisions

At the present stage of the law, it leaves a number of issues open, resulting in a significant legal gap, which was not even possible with the possibility of judicial practice or interpretation at the time of writing the study. It turns out from the empowering provisions of the law that the legislator intends to settle the open issues later by a government

decree, the issues of establishing a further legal relationship, the identity of the licensing body, and the detailed rules of classification. In this regard, at the end of November 2020, the legislator intended to settle certain issues not regulated by law in a government decree.

The new employment relationship aspect of private health care providers

In addition to the public health care system, private practices are also affected by the introduction of the new legal relationship, in § 4, under the heading Prohibition and authorization of further legal relationship. According to this, it is possible to pursue additional gainful activities with the permission of a body appointed by the Government, so the further employment of a health worker in a private health care institution has become just as precarious as the identity of the licensing body, which I have mentioned on earlier in my study. This is the second most critical clause in addition to the rules on secondment for private service providers and workers. Explaining the reason for the regulation by reducing the workload of doctors, based on the position of György Leitner, the president of the Primus Association, which unites private providers: *„there are not enough health personnel for two sectors, here one or both, the public and private sectors will go wrong with a rigid dictatorship”*.²⁵

The new employment relationship on the opinion of the Independent Health Trade Union

The Independent Health Trade Union has almost the same opinion as the Hungarian Medical Chamber. appreciates the introduction of wage settlements, but it is less beneficial that, although the wage settlement of health professionals is currently under way, it will lag significantly behind the settlement of medical wages. In addition, employees suffer a loss of earnings due to a reduction in severance pay. Many workers, nurses and assistants take part-time jobs in the private care system, and the issue of licensing also creates uncertainty for them. A large number of infections, typically in the workplace, which force workers to use a sick leave, enhances loss of income. The Independent Health Trade Union also draws the government's attention to the fact that based on their preliminary surveys, to which the stress of increasing workload comes as an additional impulse. The statement issued by the Independent Health Trade Union is available to anyone on the organization's website, where an employee can declare in advance that they will not sign their employment contract establishing a new legal relationship unless the law is amended in certain respects.

The new employment relationship from the HR working aspect

Compared to the possibilities, I can say that I am fortunate enough to study the adopted law from two perspectives as a PhD student and as a civil servant of a labour unit of a health care institution (yet!). As a PhD student, the introduction of the new legal relationship is an exciting field of research, although it is not closely related to my chosen field of research, yet I think it will provide an excellent comparative analysis in the future. All this, of course, requires the closure of issues opened by government decrees

²⁵ Időzített bomba lehet az új egészségügyi törvény a magánszolgáltatóknak. <https://piacesprofit.hu/gazdasag/idozített-bomba-lehet-az-új-egeszsegugyi-torveny-a-maganszolgáltatóknak/> (11.10.2020.)

indicated in the empowering provisions, in my view, it is only in the possession of that information that it is possible to give a comprehensive picture from the theoretical point of view of the legislation, which will be completed by case - law at a later stage.

From the other point of view, I am less optimistic about the situation and the new employment relationship. Starting with the fact that the information on the new health service status of the staff working in the institute must be provided by 30 November 2020 in accordance with the transitional provisions, to which, as I have already mentioned above, we did not receive any instructions, guidelines or implementing regulations until the completion of the study. In the absence of instructions and information, we do not have the opportunity to issue meaningful information, which in my experience significantly increases the uncertainty, distrust and frustration of professionals with their new legal relationship. Our employees are trying to find out about their future on a daily basis, to which we cannot respond by citing the incomplete legal background.

As a HR worker, the rather tight deadlines are worrying. At the time of writing, we have no knowledge of the classification, salary, new employment contract, or qualification process. In the current state of the situation, approaching the deadline for year-end settlements, we will have to do a lot of extra work if we want to meet the deadline for carrying out the reclassifications specified in the law. In this aspect, the entry into force on 1 January carries a significant risk.

Given that Act CXCIX of 2011 already provides for the electronic form of legal declarations, I miss from the provisions of the Act the ways of making legal declarations and the use of the possibilities provided by digital means. In my view, the new legislation blurs the boundaries of public service and labour law rules, as indicated by the fact that the legal relationship between the health services is established by the employment contract of the health service, rather than the appointment and acceptance of a civil servant. I believe that in shaping the regulation of a new employment relationship in the 21st century, we must take into account the benefits and alternatives provided by technological innovations, in my view, the legislature could have provided for an electronic form for making legal declarations.

Furthermore, the development of an HR portal that has already been used successfully in the private sector would provide a high degree of flexibility for both employees and employers. I would put even more emphasis on this, in the shadow of the epidemic. Creating a personnel platform would also make work easier, faster, and traceable for HR workers, reducing personal contact, which is one of the most optimal means of spreading the infection. We could even keep leave records, payroll views and other work and payroll documentation on a similar interface to an SAP system. All this would be necessary to avoid paper-based documentation for electronic communication, to speed up communication and to reduce bureaucracy, a platform similar to the Success Factors application could provide a basis for qualification processes and the development and monitoring of the promotion system. My further suggestion would be to fill in the sick pay certificates in digital form by a GP, referring to the possibility of E-prescriptions, and to make them available in the Healthcare Electronic Service Space system, to which the labour department of health care institutions and even the Hungarian State Treasury performing the actual accounting could have access. All of this can also help reduce infection and speed up administration.

Summary

I believe that the regulation of the new health service legal relationship at the time of writing contains rather unstable, vague wordings, ignoring explanations, additions, and detailed rules. Until the publication of the implementing regulations in the Hungarian Gazette, we could not provide any substantive preparation.

The Hungarian Medical Chamber represents a strong position on behalf of the Hungarian medical community. *“The forcible introduction of the law without preparation and consultation undermines the acceptance of the huge step within the medical community, which is the granting of wages in the public service and the ban on parasolvency.”*²⁶ Based on the countdown application available on their website, the remaining days until the target entry date, 18 November 2020, have been calculated, adding that the chamber has not yet been involved in the development of the regulations by the government.²⁷ The Chamber proposes to postpone the entry into force until March 2021 in order to clarify the legal relationship. I agree with their position, given that the law in its current form raises a number of new questions that have yet to be answered.

The Chamber also wrote to the Ministry of the Interior informing it of the results of its surveys on the new legal relationship, it is refuting the government’s communication that it has involved and will involve the Chamber in the drafting of the law and implementing regulations. If the entry into force of the law is not postponed, the representation of the medical community will hardly have the opportunity for a meaningful consultation.²⁸

The new employment relationship is one of the pillars of the announced health care reform. I do not dispute the need for health care reform, but at the same time the new legal relationship would be more flexibly received by professionals if they could learn about the full model of the transformation process, in the absence of this, unknown funding and financial issues generate further anomalies. The Hungarian health care system today is exposed to a burden for which we can hardly find a precedent when examining the recent period, in view of this, I do not consider it appropriate to increase the insecurity of the employees of the care system; in my view, and stability should be identified as a top priority.

Based on preliminary surveys of the Hungarian Medical Chamber and the Independent Health Trade Union, health care dropouts can be predicted among both doctors and professionals.²⁹ This is exacerbated by the increasing workload, despair, anxiety and impression of worker infection during the epidemic. Similar concerns are expressed by the Hungarian Chamber of Health Professionals, it objects to the short deadline for giving opinions, lacks a proportionate wage system for employees and considers the conditions set out in the legislation to be unfair; therefore, a collection of signatures was launched among members to review and amend the provision.³⁰ The incomplete nature of the law,

²⁶ A Magyar Orvosi Kamara nekiment az orvosok béremeléséről szóló törvénynek <https://24.hu/belfold/2020/10/13/orvosi-beremeles-hiba-mok/> (11.10.2020.)

²⁷ Magyar Orvosi Kamara honlapja <https://mok.hu/> (11.12.2020.)

²⁸ Magyar Orvosi Kamara: Levél a Belügyminiszternek <https://mok.hu/hirek/mokhirek/level-a-belugyminiszternek> (11.12.2020.)

²⁹ Független Egészségügyi Szakszervezet: Levél a képviselőknek a 2020. évi C. törvényről <https://feszeu/hirek/level-a-kepviseloknek-a-2020-evi-c-torvenyrol> (11.13.2020.)

³⁰ Magyar Egészségügyi Szakdolgozói Kamara: Aláírásgyűjtés az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény módosítása céljából <http://www.meszk.hu/hirek.aspx?nid=101593&cid=32> (11.14.2020)

which left many issues unresolved, allows me to conclude that the regulation on the legal relationship with the health service was introduced hastily, also points out that the draft deviates minimally from the adopted legal text and that the related government decree provides a concession on certain issues. Furthermore, from a labour law point of view, several provisions of the bill significantly restrict the rights of trade unions and the possibility of labour relations in violation of ILO conventions.

The law also provides for the issue of parasolvency. I agree with the legislator's position on this issue, as I support its position that the public health care system should be relieved of the costs of medical examinations, often in the context of private practice but at the expense of social security.

In fact, in its current state, the law results in vulnerability and finds rejection among professionals, making domestic health care unstable in the shadow of the pandemic. I believe that the aim of the legislator is to empty the Civil Service Act by introducing a new legal relationship, to get out of its scope, for which we have already seen a precedent recently: for those working in a cultural institution. It can be seen that the pandemic provided an excellent opportunity to conduct legal changes, given that the organization of workers' protests (strikes and other forms of assembly) and movements is currently banned, thus limiting the scope for meaningful action against the measures.

The question is whether it is worth devoting resources to the introduction of a new legal relationship rule in the shadow of SARS-COV19, which could clearly jeopardize the stability of patient care and shake up the already unstable balance of healthcare. Near the peak of the epidemic, I do not consider it timely to change the status of health workers; it is questionable to me how much legal certainty is provided by a status change in a pandemic situation.

The study previously addressed the stage of the Act as of 10/11/2020, however, in addition to those explained; additional application issues and anomalies may arise before or during its practical application.

On 17 November 2020, a number of news portals referred to a draft implementing regulation, which is not public, so in the absence of an original document, based on data provided by the Medical Online portal for healthcare professionals: the Government would amend the application of the new employment relationship on some important issues. Among other things, the legal institution of the permit application required for the establishment of an additional legal relationship would enter into force on 1 January 2023, in connection with this; the contributor contracts are valid until 31 December 2022. A substantial change is that the said implementing regulation would maximize the duration of the secondment by 100 days, as opposed to the 1 + 1 year interval allowed by law, which we have already covered in this study (later the decree issued marked this in 44 days, similar to the Labour Code). Another important clause in connection with the posting is that it has narrowed the number of employees who can be posted (on the model of a rule for employment different from an employment contract in Act I of 2012), according to this, secondment does not apply to pregnant and large family doctors, nor to persons who are raising their children alone or their relatives need long-term care.³¹ Based on the information published on its website, the Hungarian Medical Chamber

³¹ Tarcza Orsolya: Jogállási törvény: visszavonulót fűjt a kormány [http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny_visszavonulot_fujt_a_kormany\(11.17.2020.\)](http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny_visszavonulot_fujt_a_kormany(11.17.2020.))

applies to the Constitutional Court for a petition, a constitutional complaint or an ex-post norm control, and summarizes its position on the draft informal implementing decree.³²

In the letter, the Minister of the Interior stated that the Government had accepted that in connection with the new legal relationship, the information of the employees should be provided after the end of the emergency, which also affects the date of concluding the employment contract. However, it states that in order to avoid financial disadvantages, the new salary scale should apply from 1 January 2021. Accordingly, the reclassifications will take place in the current civil service without the conclusion of a new employment contract.

Although the issued Government Decree No. 528/2020 undoubtedly addresses many of the issues already identified in the study, we can still find shortcomings in its implementation. What will happen to workers who may not meet the prerequisites for a new contract? The legislator also left open the important question: which law will apply to the status of technical staff in healthcare institutions? As the new health service legal relationship mainly regulates the employment of doctors, from 1 January 2021, the rule for service staff (those working in the field of institution maintenance and operation) is in question. The text of the Act stipulated in Section 1 (4), with the exception of Section (5), at the health care provider may perform health care activities only in the framework of a health service legal relationship and to carry out activities aimed at ensuring the functioning of the health care and the operation of health services.

The rules of activities aimed at ensuring the functionality of the health care provider and the operation of health services are defined in a Government decree. According to the published Government Decree: „*The scope of activities aimed at ensuring the functionality of the health care provider and the operation of health services is, in particular: 1. Informatics 2. Administration (human resource management, archiving, legal activity, controlling, public procurement, labour, financial accounting)*”³³ Although the appendix regulates the legal status of those working in the field of human resources, other economic and IT fields, it does not regulate the legal relations of technical-maintenance, internal suppliers. Will it be possible to maintain the status of a civil servant, or will their legal relationship be transformed into an employment relationship without a number of advantages associated with the status of a civil servant? I do not think it is a very ethical solution that, in the current unstable economic situation, workers are not being properly informed in good time about the additional conditions of their employment. Rational decision-making and well thought out, consistent regulation are needed on this issue.

The introduction of the new health service legal relationship apparently narrows the scope of civil servants. The new legal status no longer necessarily affects the public sector, it orders the application of Act I of 2012 as the underlying legal act, with the Act LXXXIV of 2003 together, disregarding the Civil Service Law. Provisions of this Regulation. This is in contrast to Hobbes's Leviathan, to which Christoph Demmke also refers in his

³² See MOK: Most akkor mi van az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló törvénnyel? <https://mok.hu/hirek/mokhirek/most-akkor-mi-van-az-egeszsegugyi-szolgالاتi-jogviszonyrol-szolo-torvennyel> (11.24.2020.) and Magyar Orvosi Kamara pályázatot hirdet ügyvédek részére: <https://mok.hu/hirek/allasajanlat/a-magyar-orvosi-kamara-palyazatot-hirdet-ugyvedek-reszere>(11.24.2020.)

³³ Government 528/2020. (XI. 28.) on the implementation of Act C of 2020 on the legal relationship of health services Annex 1

study The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century. In Hobbes's view, it was inconceivable that public sector employees could be compared to other employees, but Demmke pointed out that in the 21st century. In the twentieth century, the traditional public service system was abolished in several states, given that living and working conditions have also changed, the civil service requires a more flexible and diverse model, but is therefore less separate from general employment.³⁴

I believe that the introduction of the new legislation will lead to a weakening of the boundaries of the public sector (the civil service will not disappear completely), but at the same time there is a contradiction in the sharp separation of public and private health care systems: I believe that a health professional working in a private hospital plays an equally important role as a health professional who has hitherto worked in a civil service relationship, in addition to a health service relationship.

Apparently, Demmke's study focuses on the traditional public service and not the health work model, at the same time, in connection with the change of legal status in Hungary, I trust that the goal of the current government will also be to create a more flexible, diverse legal relationship that meets economic needs.

References:

Act XXXIII of 1992

Act LXXXIV of 2003

Act XX of 2003 amending Act XXII of 1992 on the Labour Code and related laws for the purpose of legal harmonization

Act C of 2020

Act C of 2020 No. 1 Annex

Act XXXII of 2020 on the Transformation of the Legal Relationship of Employees in Cultural Institutions

A Magyar Orvosi Kamara nekiment az orvosok béremeléséről szóló törvénynek <https://24.hu/belfold/2020/10/13/orvosi-beremeles-hiba-mok/> (11.10.2020.)

A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (11.05.2020.)

A Mok hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről <https://mok.hu/hirek/mokhirek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (11.05.2020.)

Christoph Demmke: The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century DOI: 10.1093/acrefore/9780190228637.013.982

Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. PRUGBERGER Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1

Független Egészségügyi Szakszervezet: Levél a képviselőknek a 2020. évi C. törvényről <https://fesz.eu/hirek/level-a-kepviseloknek-a-2020-evi-c-torvenyrol> (11.13.2020.)

³⁴ Christoph Demmke: The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century DOI: 10.1093/acrefore/9780190228637.013.982

- Horváth István: Félve boncolás – a közalkalmazotti törvény fokozatos hatályvesztéséről
Munkajog, 2020/3. lapszám, p32-39.
<https://mok.hu/hirek/mokhirek/most-akkor-mi-van-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszonyrol-szolo-torvennyel>
- https://mok.hu/hirek/mokhirek/pinter-sandor-belugyminiszter-levele-az-egeszsegugyi-jogszabalyok-tervezeterol?fbclid=IwAR3kGc8TBrA4t1veJ6aerz3PPHeSoPh8_rc7heOXNvKoK4moj2QDwp4ZwZA (11.30.2020.)
- Időzített bomba lehet az új egészségügyi törvény a magánszolgáltatóknak. <https://piacesprofit.hu/gazdasag/idozitett-bomba-lehet-az-uj-egeszsegugyi-torveny-a-maganszolgáltatoknak/> (11.10.2020.)
- Kiss György: Közszolgálati életpályák jogi szabályozása Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. p.139.
- Kjt 25/B (3)
- Kormány 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelete az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény végrehajtásáról
- Magyar Egészségügyi Szakdolgozói Kamara: Aláírásgyűjtés az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény módosítása céljából <http://www.meszk.hu/hirek.aspx?nid=101593&cid=32> (11.14.2020.)
- Magyar Orvosi Kamara honlapja <https://mok.hu/> (11.12.2020.)
- Magyar Orvosi Kamara pályázatot hirdet ügyvédek részére: <https://mok.hu/hirek/allasajanlat/a-magyar-orvosi-kamara-palyazatot-hirdet-ugyvedek-reszere> (11.24.2020.)
- Magyar Orvosi Kamara: Levél a Belügyminiszternek <https://mok.hu/hirek/mokhirek/level-a-belugyminiszternek> (11.12.2020)
- Mok: Most akkor mi van az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló törvénnyel?
- Pintér Sándor belügyminiszter levele az egészségügyi jogszabályok tervezetéről
- Tarcza Orsolya: Jogállási törvény: visszavonulót fűjt a kormány [http:// medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny_visszavonulot_fujt_a_kormany](http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny_visszavonulot_fujt_a_kormany) (11.17.2020.)

MINIMUM AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY IN MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION. A LEGAL AND PSYCHOLOGICAL ASSESSMENT OF MORAL DEVELOPMENT THEORIES AND THE MINIMUM AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

Judit TORMA¹

Abstract:

The consideration behind setting a minimum age of criminal responsibility and liability in criminal law is based on a scientific assumption that below a certain level of cognitive maturity there is limited ability to apprehend the wrongness or rightness or the consequences of one's action. Jean Piaget, the first cognitive and development psychologist has established the scale model of moral development of the child ninety years ago. These age-related theories are still prevailing in setting the minimum age of criminal responsibility in most European countries; however, more recent and contemporary research question the usability of Piaget's findings. The shift in science is reflected in three to six countries' legislations and in the guidelines and recommendations of the Council of Europe and the European Union.

Keywords: *minimum age of criminal responsibility, MACR, moral development, cognitive development, juvenile justice*

Introduction

Juvenile justice has gone through significant development during the past twenty years in the European Union. It involved the introduction of the “child first” approach and “child friendly justice” which considers children’s special needs during meeting the law whether the child is a victim, a witness or an offender. On the other hand, minimum age of criminal responsibility (MACR) still remains on the more complex and yet controversial side of this development process.

Criminal responsibility considers the concept of legal capacity in two ways: the capacity to engage in criminal behaviour, and the capacity to be held legally accountable at court and to competently participate in a trial. The problem of minimum age and criminal responsibility is an intersect of legal and psychological debates. While the psychological theories of moral and cognitive development view minors – those aged between 0-18 years – as non-mature persons, legal regulations extend criminal responsibility to young children aged between 8 and 18 years in the Europe Union. Non-maturity in the psychological perspective means a person not being able to fully pre-asses, project or understand the implications of one’s actions. Notion of criminal responsibility extended below age 18 assumes otherwise.

This paper will present an overview of the core moral and cognitive development theories by two psychologists, Jean Piaget and Lawrence Kohlberg, and the contemporary neuropsychological findings of adolescents’ cognitive development. Then these theories

¹ Ph.D. student of Deák Ferenc Doctoral School of Law; supervisor: Dr. Edina Vinnai associate professor of Department of Jurisprudence and Sociology of Law at University of Miskolc, Hungary

will be contrasted with existing minimum age of criminal responsibility in EU countries. Finally the paper shall investigate the current efforts of European institutions and thus of the Council of Europe to harmonize scientific psychological findings with criminal responsibility in early age through the rights of the child.

Moral development in the psychological theories of Piaget and Kohlberg

Cognitive development of early ages of the child was first studied by Jean Piaget a Swiss psychologist in the 30s and 40s of the last century. Piaget originally studied the stages of mental, cognitive and physical development of his own and other children and had significant impact on the rise of cognitive science through the theory of schemas - a way that the mind constructs clusters of concepts in order to ease understanding of the world. Another lasting impact of Piaget's works had been on the concept of moral development. Upon his observations, Piaget assumed that moral judgements of children differ from those of an adult because a child's mind has different kind of schemas than an adult's mind. His theory was later supported by neurological research findings which showed inevitable differences in the complexity of the neural system in different ages of a human.

Piaget believed that children develop different kind of moral ideas in different ages and those moral ideas are based on the conceptions that a child steadily construes of the world. Children can form ideas about right and wrong, or fair and unfair in every developmental stages which would be based on more and more realistic assumptions of the real (i.e. the adult's) world. Piaget's theory of morality was radical when his book *The Moral Judgment of the Child* was first published in 1932 for two reasons: his use of philosophical criteria to define morality (as universalizable, generalizable, and obligatory) and his refusal to equate cultural norms with moral norms. Piaget, drawing on Kantian theory, proposed that morality developed out of peer interactions and that it was autonomous from authority mandates. In his theory peers equated with parents as key sources of moral concepts – such as equality, reciprocity, and justice – and two determining factors were responsible for progress: neurological and cognitive development of the child, and their social interactions with adults and peers.

According to Piaget's model, a 3-4 years old toddler has no autonomous concept of rules and norms, therefore rules are represented by the authority of the adult, and are kept only until the adult is present. In ages between 5 and 7 autonomous concept of rules develops, but rules and norms become hegemon and must be kept in every circumstances. This is the age when new rules – for example those in a game – cannot be easily made up, because any variance to the originally set rules amounts to cheating in the child's perception.

In the age from 8 to 10, the child realizes that the ultimate source of rules and norms are the adult, who is also the most powerful and mighty person in the child's life. This is called by Piaget the "age of moral realism" when the child's inner set of rules are still very rigid, but they can accept a certain degree of "injustice" (i.e. not behaving by the anticipated rules) brought by the adult. In this age the child attributes consequences to and responsibility for an action according to its direct outcomes and not to the person's motivation that preluded the action. After the age of 10 children's social relations change and they tend to relate to peers more and more. This shift in social cognition results in the development of their idea of social reciprocity and a better understanding of the motives

and actions of other. In this age the dominant authority of an adult is not necessarily gets involved when an “injustice” is avenged during child play.

Until the age of 12 the moral concept of the child is heteronóm: when the source of rules and norms are external. After age of 12, however, a more developed concept of moral emerges: rules and norms becomes interiorized and rules are kept according to personal conviction. The child subsequently makes two very important recognition: consequences and responsibility for an action are based on the motives of the person, and that the governing rules and norms are based on mutual understanding of people and not on the will of the authority and thus may be subject to change.²

Followers of Piaget tried to prove the assumptions of the above stage model of moral development theory by different psychological research and experiments, but results were not always satisfactory. For example researcher found that reciprocity may develop much earlier than the age of 10, and the conception of motives in the assessment of responsibility may come earlier as well, than Piaget believed.

Lawrence Kohlberg, one of the most ambitious followers of Piaget, also tried to reproduce the stage model in controlled experiment environment. He used an upgraded version of Piaget’s storytelling technique: telling model stories that involved moral dilemmas to participants. After each story Kohlberg presented participating children with a choice. They had to consider, for example, the colliding rights of an authority and the needs of a deserving individual who is being unfairly treated. By having studied the answers of differently aged minors Kohlberg hoped to discover the way how moral reasoning had changed as people grew older. He conducted a longitudinal study with 58 boys aged between 10 and 16 who were re-approached in three-yearly intervals for 20 years. The study started in the 60s when Piaget was still active but Kohlberg published his final results in 1984 when the great scientist was already dead for four years.³

In his theory Kohlberg identified three distinct levels of moral reasoning: pre-conventional, conventional, and post-conventional. People can only pass through these levels in the listed order. Each new stage replaces the typical reasoning patterns of an earlier stage. One of the controversial assumptions of Kohlberg was that he believed it was possible that not everyone got through all three stages. He also believed that in the post-conventional stage people judge the written norms and laws according to universal standards of dignity, equality and rightfulness.⁴

Critics of Kohlberg who supported the model of three stages rather attributed moral development to different social-economic status than to age driven cognitive maturity. Another problem of Kohlberg’s idea is that people who develop the post-conventional stage and are able judge norms and laws, are not always consequent in their opinion and may develop very different views in different context or circumstances in real life.⁵

² Pinczés-Pressing Zsuzsanna és Fülöp Márta: A morális fejlődés és a jogi szocializáció: elmélet és tapasztalat. In: Hunyady György és Berkics Mihály (szerk.): A jog szociálpszichológiája. A hiányzó láncszem. ELTE Eötvös Kiadó. Budapest. 2015. 76-93.o.

³ Kohlberg, L. (1964). Development of moral character and moral ideology. In Review of Child Development Research, vol. 1 (eds M. Hoffman & L. Hoffman). New York: Russell Sage Foundation.

⁴ Pinczés-Pressing és Fülöp. *Ibid.* 79.o.

⁵ Pl. in Berkics Mihály. Laikusok és jogászok nézetei a jogról. In Hunyady György és Berkics Mihály (szerk.): A jog szociálpszichológiája. A hiányzó láncszem. ELTE Eötvös Kiadó. Budapest. 2015. 141-160.o.

Contemporary theories of cognitive and moral development

Cognitive maturity and social dynamics are regarded as combined factors in contemporary theories, which jointly determine whether and how a person reaches different stages of moral development. But the consecutive nature of the different stages discovered by Piaget and Kohlberg has not been questioned by scientist till today.

Behavioural research of moral judgement tried to predict and link future moral or amoral behaviour of the person. According to studies about interviews with convicted felons the phenomenon of cognitive distortion was often applied by interviewees to decrease a sense of responsibility for them. As reasons for their conviction they mentioned more external factors than personal ones.⁶

In social learning theories moral development is a result of the interiorization of social norms. During this process, moral concepts are formulated according to the interaction of personal and social factors where the most important personal factors are self-conscious emotions.⁷ These morally linked emotions – that give immediate feedback about the acceptance of our social and moral activities – are pride, shame, guilt and embarrassment. These emotions are the most influential to the link between norms and moral knowledge and explicit actions.⁸

Moral self-theories are centred on the development of moral identity. Once the moral self is formed, norms tend to be kept in order to protect the self. In other words, if breaking a norm would result disintegrating one's self, they will rather keep the norm than not keep it. The moral self is formulating during childhood. Its development depends on self-regulation capacity of the child and is impacted by social interactions. The self-regulation capacity is impacted by temperament and the mental capacity to understand a theory of mind of others while social interactions effect the development of the child's conscience.⁹

Contemporary cognitive research indicates that conventional morality, including "law and order" morality is generally not achieved until mid-teens of a child. And while logical thinking and problem-solving abilities develop considerably between 11 and 15 years, adolescents' intellectual abilities are thought to reach adult levels only by the age of 17 or 18 years. Moreover, children who are abused or neglected are particularly poorly developed in the required capacities for criminal responsibility and are much more likely to come into conflict with the law.

XXI.st century's developments in neurosciences also support the idea that decision-making abilities between the age of 10 and 19 go through significant alterations. An increase in impulsive, risk-taking and sensation-seeking behaviour is peaking in late adolescence before decreasing after the age of 20 and 21 in all cultures. Brain imaging has shown that brain development, especially in the regions involved in decision-making, continues into adulthood.¹⁰ The "dual-system" model of risk-taking behaviour contrasts

⁶ Tangney et al. 2007. In Fülöp. *Ibid.* 81. o.

⁷ Tangney et al. 2007. In Fülöp. *Ibid.* 82. o.

⁸ *Ibid.*

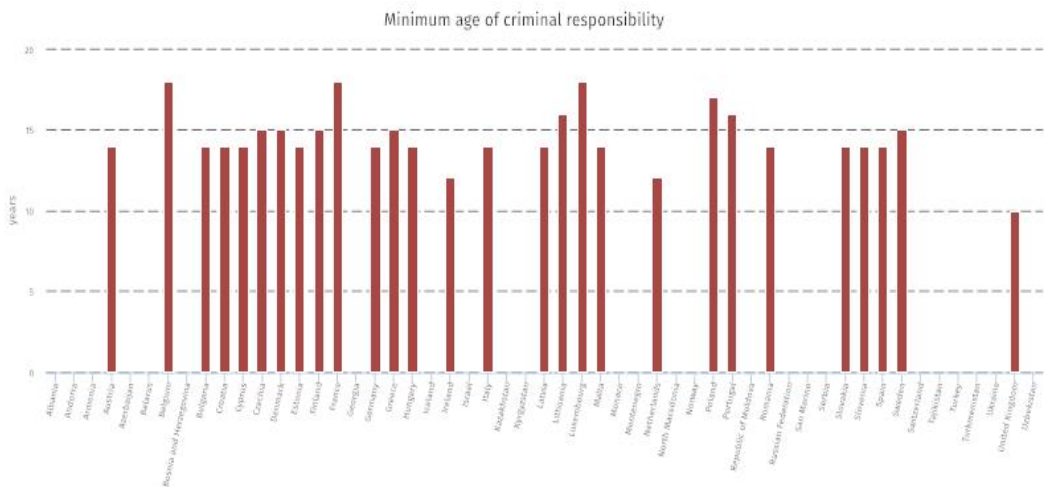
⁹ Narvaez-Lapsly 2009 in Fülöp. *Ibid.* 83.o.

¹⁰ Steinberg, L., Icenogle, G., Shulman, E.P., Breiner, K., Chein, J., Bacchini, D., Chang, L., Chaudhary, N., Giunta, L.D., Dodge, K.A., Fanti, K.A., Lansford, J.E., Malone, P.S., Oburu, P., Pastorelli, C., Skinner, A.T., Sorbring, E., Tapanya, S., Tirado, L.M., Alampay, L.P., Al-Hassan, S.M., & Takash, H.M. (2018). Around the world, adolescence is a time of heightened sensation seeking and immature self-regulation. *Dev Sci.* 21 (2).

the development of the prefrontal cortex and of the amygdala. The prefrontal cortex controls decision-making and risk-taking behaviours, while the amygdala is responsible for the risk and reward neural system. The prefrontal cortex undergoes significant change during adolescence and is one of the last areas of the brain to reach full maturation, while the amygdala becomes hyper-responsive in adolescence. It basically means, that in the same time when the “reward system” is hypersensitive, the “control system” is not yet fully developed, which leads to a window of vulnerability to risk taking behaviours over which adolescents have less control than adults until the age of 19 and 21.¹¹

Minimum age of criminal responsibility in the european union

Minimum age of criminal responsibility (MACR) means the age when a person can lawfully be held liable for their own criminal actions. Full legal liability begins at the age of adulthood (age 18 in Europe), the age when a person is considered to be a full member of adult society. But criminal liability may start earlier then this age in the form of a separate justice system. Juvenile justice stipulates specific safeguards in the interest of the child in order to be able to being held criminally liable. Thus, it anticipates certain degree of understanding and responsibility of the child for their actions. Below the minimum age criminal of responsibility justice systems consider the child as someone who is not fully aware or able to responsibly assess such consequences.

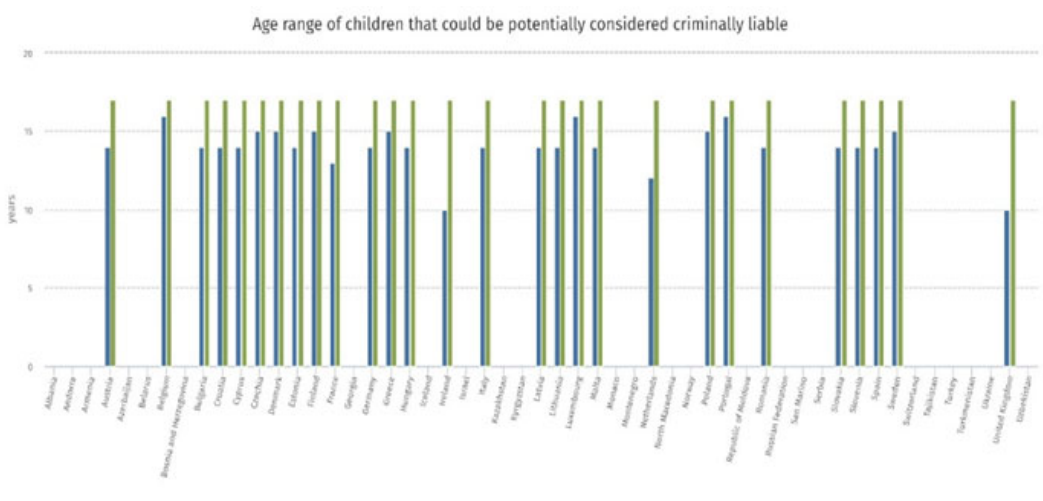


This minimum age differs considerably in the European Union. The World Health Organization’s European office gathered data about the minimum age of criminal responsibility in 2012. The assessment was published under the Child and Adolescent Health Database (CAHD)¹² that “provides a set of statistics based on indicators related to the health and well-being of children and adolescents.” As a result a database was constructed that shows the result from the 28 member states where the minimum age

¹¹ Tamnes, C.K., Walhovd, K.B., Dale, A.M., Østby, Y., Grydeland, H., Richardson, G., Fjell, A.M. (2013). Brain development and aging: overlapping and unique patterns of change. *Neuroimage* 68, 63–74.

¹² https://gateway.euro.who.int/en/indicators/cah_20-minimum-age-of-criminal-responsibility/

ranges from 8 and 10 (in the United Kingdom: in Scotland it is 8 years, while in Wales, England and Northern Ireland it is 10 years) to 17 and 18 years (in Poland and Belgium, France and Luxemburg).¹³



An age range of potential criminal liability was also assessed and presented in the second chart.¹⁴ The minimum age of being potentially criminally liable in the continental European Union is 12 years (in the Netherlands) and the highest is age 16 (in Belgium, Luxemburg and Portugal).

The combination of the two charts together with the country notes on the website¹⁵ shows that minimum age of criminal responsibility ranges from as early as 8 years to 18 years in the European Union.

The table below shows that the most common minimum age of criminal responsibility in Europe is age 14 in 14 countries and age 15 in 5 countries. These 19 countries also set the minimum age for being able to be potentially considered criminally liable at the same age, except in Hungary where children can be considered criminally liable at the age of 12 in certain cases and under certain circumstances.

There are 3 countries in the European Union that set the minimum age of criminal responsibility at 18 years (Belgium, France and Luxemburg), but they set the age to be able to be considered criminally liable at 16, 13 and 16. Two countries introduced age 16 as minimum age of criminal responsibility (Lithuania and Portugal), but only Lithuania felt that the age of being potentially considered criminally liable should be lowered to age 14. On the other end of the minimum age of criminal responsibility scale, there are the Netherlands and Ireland (age 12) England, Wales and Northern Ireland (age 10) and Scotland (age 8). These countries all but Ireland set the minimum age for being able to be potentially considered criminally liable at the same age. Ireland lowered it to age 10.

¹³ The database was constructed for supporting the 2015 Child and Adolescent Health and Development Strategy of WHO Europe and is being update every year ever since.

¹⁴ https://gateway.euro.who.int/en/indicators/cah_21-potential-criminal-liability-for-children/visualizations/#id=27490

¹⁵ https://gateway.euro.who.int/en/indicators/cah_20-minimum-age-of-criminal-responsibility/

Country	Minimum age of criminal responsibility	Minimum age of being potentially considered criminally liable
Austria	14	14
Belgium	18	16
Bulgaria	14	14
Croatia	14	14
Cyprus	14	14
Czechia	15	15
Denmark	15	15
Estonia	14	14
Finland	15	15
France	18	13
Germany	14	14
Greece	15	15
Hungary	14	12
Ireland	12	10
Italy	14	14
Latvia	14	14
Lithuania	16	14
Luxemburg	18	16
Malta	14	14
Netherlands	12	12
Poland	17	15
Portugal	16	16
Romania	14	14
Slovakia	14	14
Slovenia	14	14
Spain	14	14
Sweden	15	15
Scotland	12	8
Wales, England, Northern Ireland	10	10

The distinct character of juvenile justice systems, however, must be described in order to understand what these age limits really mean in reality. In Scotland, for example, where the minimum age of criminal responsibility is the lowest in the EU (8 years) a child can be prosecuted, convicted or get a criminal record only from age 12. Children under 12 can be referred to a children's hearing if they appear to be at risk or vulnerable which happens in this case for their own protection, and not for committing an offence. The hearing decides how to help the child and their family, which might be a compulsory supervision order, but still not an attribution of responsibility for their own action (thus the locus of responsibility is on the parents and the child). From age 12 to 15 in case of committing a criminal offence, the Children's Reporter will decide if the minor should be referred to a children's hearing, although the decision by a children's hearing can become

part of a criminal record. In case the criminal offence is serious, the minor of 12 years or over can be prosecuted in court.

The consideration behind setting a minimum age of criminal responsibility and liability, is based on the scientifically proved assumption that below a certain level of cognitive maturity there is limited ability to apprehend the wrongness or rightness or the consequences of one's action.¹⁶ Although legal systems are running legal capacity assessments and examinations in cases of adults, children's legal capacity is linked to ages as a general indicator of the child's level of cognitive maturity. Holding someone criminally liable or responsible in a cognitively immature and early age is like holding someone criminally liable or responsible without full legal capacity.

In Piaget's theory cognitive maturity reaches a certain cornerstone after age 12 when norms and rules become interiorized and therefore can be expected to be kept by a child. At this age the child also realizes that the responsibility for an action is based on personal motives (i.e. on a person's will of wrong-doing). Piaget's theory of moral development seems to be reflected in the minimum age of criminal responsibility in the EU's 19 member states that set minimum age at 14 and 15 years. However, criminal responsibility is considered valid in much earlier ages – age 10-12 – in at least 3 member states. These age limits were usually introduced after the middle of the last century when neuroscientific facts and patterns of brain development of adolescents were yet to be discovered.

Immaturity of neural systems of adolescents contributes to their increased tendency of risky and potentially criminal behaviour. Adolescents are less able to consider the perspective of others when making decisions, because the way their brains develop leads them to priorities with immediate rewards over long-term consequences. In addition, those minors who suffer adversity in early life show particularly high activity in the reward system and are more prone to risk taking behaviours.¹⁷ Another distinction to adult decision-making is that adolescents can be much more influenced by external factors such as peers and social cues, therefore much more conform and are more likely to commit crimes in groups. Solo-offending is becoming more common when individuals are in their 20s.¹⁸ These factors seem to have been taken into consideration when lawmakers set the minimum age of criminal responsibility at 18 years in Belgium, France and Luxemburg.

Minimum age of criminal responsibility and the rights of the child

"The Beijing Rules"¹⁹ on the minimum rules of juvenile justice was adopted by the United Nations by the end of 1985. Principle 1.2 of the document states that the juvenile is in a period of his/her life during which "she or he is most susceptible to deviant behaviour". Therefore, Member States should "endeavour to develop conditions that will

¹⁶ Although the legal concept behind the concept of legal capacity is very different, from the psychological perspective it also assesses a person's ability to anticipate and apprehend the consequences of an action.

¹⁷ in Dumontheil, I. Küster, O. Apperly, I.A. & Blakemore, S-J. (2010). Taking perspective into account in a communicative task. *Neuroimage* 52, 1574-1583, in Blakemore, S-J. & Choudhury, S. (2006). Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition. *Journal of Child Psychiatry and Psychology*. 47, pp. 296-312, in Steinberg L, Graham S, O'Brien L, Woolard J, Cauffman E, Banich M. (2009). Age differences in future orientation and delay discounting. *Child Dev.* 80(1):28-44.

¹⁸ in Sussman, S., Pokhrel, P., Ashmore, R. D., & Brown, B. B. (2007). Adolescent peer group identification and characteristics: A review of the literature. *Addictive Behaviors*, 32(8), 1602–1627.

¹⁹ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules") Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985.

ensure for the juvenile a meaningful life in the community” and “foster a process of personal development and education that is as free from crime and delinquency as possible.”²⁰ In conjunction with this principle, Rule 4. states that the age of criminal responsibility “shall not be fixed at too low an age level, bearing in mind the facts of emotional, mental and intellectual maturity.” In the commentary of Rule 4. the UN urges Member States to agree on a reasonable lowest age limit that is applicable internationally and is based on the moral and psychological components of criminal responsibility within the child’s understanding of their action. As a contrast to too low (or non) age limits the commentary states that “in general, there is a close relationship between the notion of responsibility for delinquent or criminal behaviour and other social rights and responsibilities such as marital status, civil majority, etc.”²¹

The 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC)²² - following the 1924 Geneva Declaration of the Rights of the Child by the League of Nations and the 1959 Declaration of the Rights of the Child by the United Nations – highlights the need for special safeguards and appropriate legal protection for children and sets the age of the child under 18 years. Article 40 stipulates the rights of the child who alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law. Article 40 (3) (a) states that State Parties shall seek to promote the establishment of appropriate laws, particularly laws that establish “a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law” and it also promotes non-judicial measures for managing children in conflict with the law.²³ As a part of the compliance mechanism with the CRC the United Nations Committee on the Rights of the Child regularly monitors children’s rights in member states. As part of its periodic reports the Committee consistently advocates that the minimum age of criminal responsibility should be 14 or 16 years and considers a minimum set below age of 12 as “not to be internationally acceptable.”²⁴

In Europe, under the Council of Europe there is no separate treaty about the right of the child. Children rights are incorporated into the European Social Charter (ESC) or protected generally under the European Charter of Human Rights (ECHR). In the practice of the European Court of Human Rights (ECtHR) the rights of children are allegedly adequately protected under Article 3 (the right to protection from inhuman and degrading treatment) and Article 6 (the right to a fair trial), however, the need for a separate mechanism rises periodically.²⁵

In 2008, the Committee of Ministers adopted its Recommendation on European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures.²⁶ The document recognizes

²⁰ Principle 1.2 of the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules") Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985.

²¹ Rule 4 and Commentary of the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules") Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985.

²² United Nations Convention on the Rights of the Child. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49.

²³ Article 40 (1)-(4) of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49.

²⁴ United Nations Committee on the Rights of the Child, 2007, p.8

²⁵ Handbook on European law relating to the rights of the child. Joint publication of the European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2015, p.30

²⁶ Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers of Council of Europe

any person as “juvenile offender who is below the age of 18 and who is alleged to have or who has committed an offence”.²⁷ It also states as a basic principle that “the minimum age for the imposition of sanctions or measures as a result of the commission of an offence shall not be too low and shall be determined by law”.²⁸

In 2010, the Council of Europe’s adopted its Guidelines on child-friendly justice.²⁹ The Guidelines state that all “children between birth and the age of 17 – be they a party to proceedings, a victim, a witness or an offender – should benefit from the “children first” approach”.³⁰ The document also introduces the term of “child-friendly justice” which indicates that the judicial process, for either a victim or offender, should be age appropriate.³¹ Guideline 23 repeats Part 1. A(4). of Recommendation CM/Rec(2008)11 (cited above), while section 79 reflects on the “complex but important issue of the minimum age of criminal responsibility” – which started as low as 8 years in the United Kingdom at the time – and cites the European Network of Children’s Ombudspersons (ENOC) which advocates that the minimum age be raised to 18 in every Member States³² - a requirement that is only met in Belgium, France and Luxembourg.

The European Union outlined its strategy on the rights of the child in 2006.³³ The document states that the protection of children’s rights in Europe is fulfilled under the ECHR, the CRC and the practice of the ECtHR and the European Court of Justice, however, “children’s rights are still far from being generally respected, and basic needs are not being met for each and every child within the EU”.³⁴ In 2012, the EU adopted the Charter of Fundamental Rights,³⁵ where article 24 is dedicated to the rights of the child and paragraph 2. states that “in all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child’s best interests must be a primary consideration”.³⁶ According to the wording of the paragraph public authorities mean bodies of the justice system as well as bodies of the childcare system. The 2012 EU Directive³⁷ on the rights, support and protection of victims of crime mentions specific requirements towards child victims that can be read as “child friendly justice” as described in the Council of Europe’s Recommendations and Guidelines.

In 2015, the Directorate-General for Justice of the European Commission collected all existing available data on children’s involvement in civil, administrative and criminal proceedings.³⁸ The study also described the legislation and policy in place with regard to children’s involvement in justice in the (then) 28 Member States. In preparation, the study was built on the 2012 EU Directive and Council of Europe’s Guidelines on child-friendly

²⁷ Part 1. B(21.1). Recommendation CM/Rec(2008)11.

²⁸ Part 1. A(4). Recommendation CM/Rec(2008)11.

²⁹ Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. 2010.

³⁰ *Ibid.* p.8.

³¹ *Ibid.* p.17.

³² *Ibid.* p.69.

³³ Towards an EU Strategy on the Rights of the Child. COM(2006) 367, 2006.

³⁴ *Ibid.* p.5.

³⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union. (2012/C 326/02)

³⁶ Article 24. (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. (2012/C 326/02)

³⁷ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA

³⁸ Children’s involvement in criminal, civil and administrative judicial proceedings in the 28 Member States of the EU. Policy Brief. Child Law Clinic, University College Cork, European Commission, 2015.

justice. With regard to the minimum age of criminal responsibility the study shows that although MACR is still 14-15 years of age in most EU countries, the upper age limit for juvenile justice determined in law is 17-18 years of age.³⁹ Moreover, there are seven countries, where children below MACR can be prosecuted if they commit serious offences.⁴⁰ These findings are in line with the research presented on page 9 of this paper which is based on data from 2012. The main difference is that the age 8 MACR in the United Kingdom: Scotland has been raised to age 12 since then, as a great result of British child rights advocates. In 2018, the Parliamentary Office of Science and Technology (POST) released a paper (POST/NOTE) that was advocating for raising the MACR from age 10 to age 12 in the other regions of the UK (England & Wales and Northern Ireland), too. The paper lists the latest results in the field of neural and psychological development of children and adolescents and argues for a more child – and science – friendly approach to MACR in the UK.⁴¹

The 2016 EU Directive⁴² - on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings – encourages Member States to apply the safeguards to those who were a child when committed but passed age 18 when became a suspect or accused person of a crime, at least until they reach the age of 21.⁴³ Apart from this recommendation the “Directive does not affect national rules determining the age of criminal responsibility.”⁴⁴ As a follow up on child-friendly justice in the EU, in 2018 the Fundamental Rights Agency of the European Union (FRA) conducted yet another survey on children’s rights and justice and the minimum age requirements for children’s participation in all judicial procedures affecting their lives. The FRA also advises on raising the age limit to 18 for benefitting from appropriate support and procedural safeguards in judicial proceedings (whether the child is a victim or an offender) and to consider applying stronger procedural safeguards for children under 12.⁴⁵ As the 2020 EU acquis and policy documents on the rights of the child states UK and Ireland opted out of the Directive, but it is binding to all other Member States.

Conclusions

The minimum age of criminal responsibility is still an unresolved issue in the European Union when it comes to assessing juvenile justice systems and policies of Member States.⁴⁶ It is hard to find clear and univocal expressions of the minimum age for child or juvenile offenders in the assessed documents. The 2008 Guidelines of the Council of Europe warns from setting the age limit too low, but does not state what ‘too low’ means

³⁹ Summary of contextual overviews on children’s involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the EU. DG Justice, European Commission, 2014. p.6-7.

⁴⁰ *Ibid.* p.8

⁴¹ Age of Criminal Responsibility. POST/NOTE by the Parliamentary Office of Science and Technology of the Houses of Parliament of the United Kingdom. 2018. <https://post.parliament.uk/research-briefings/post-pn-0577/>

⁴² Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council.

⁴³ Directive (EU) 2016/800, paragraph (12)

⁴⁴ Directive (EU) 2016/800, Article 2, paragraph 5.

⁴⁵ Children’s rights and justice. Minimum age requirements in the EU. European Union Agency for Fundamental Rights. 2018. P.8.

⁴⁶ Dünkel, F.: Juvenile Justice Systems in Europe. Reform developments between justice, welfare and ‘new punitiveness’. In. *Kriminologijos Studijos*. 2014/1. pp.31-76.

or what would be an acceptable minimum. Certain policy documents refer to age 12 as an internationally acceptable standard for the minimum age but they lack the source or the explanation why. Correspondingly, there is no scientific explanation or recommendation in legal documents on why the minimum age should be raised to 18 years.

Although, the gaps in EU Member States' legal systems regarding juvenile justice are not limited to the problem of MACR (there are serious shortcomings in related specialised institutions, trained professionals or safeguards of procedural rights) it is an indicator within a legal system. It represents the main political, cultural and psychological approach to children and crime in a society in general. Scientific approach may facilitate social changes which in this case is backed by more and more scientific data and research. Development of sense of responsibility is more and more researched by psychologists, psychiatrists and neuroscientists. However, legal developments do not respond consequently in every EU Member States and the minimum age of criminal responsibility is still set in line with the 90-70 years old psychological theories. In the cognitive model of Piaget moral development accomplishes its final stage by the age 14, which is the most common MACR in the EU. Though, contemporary neuro-psychological research suggest that a level of moral development may not equal with the level of adult decision making and the sense of responsibility. While the development of moral concepts may be complete by the age of 14 this not the only factor that has an effect on rule-following positive behaviour. Other influencing behavioural factors like impulsivity, sensation seeking or risk taking are determined by neural development which does not complete before the age of 18 and can be active up to the early twenties in some individuals. While a child may understand what is morally right and wrong or the concept of socially acceptable rules by the age of 14, she or he may still make bad decisions based on the functioning of an immature mind.

Bibliography

- Berkics Mihály: *Laikusok és jogászok nézetei a jogról*. In Hunyady György és Berkics Mihály (szerk.): *A jog szociálpszichológiája. A hiányzó láncszem*. ELTE Eötvös Kiadó. Budapest. pp. 141-160. 2015
- Blakemore, S-J. & Choudhury, S: *Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition*. Journal of Child Psychiatry and Psychology. 47. pp. 296-312. 2006
- Dumontheil, I. Küster, O. Apperly, I.A. & Blakemore, S-J: *Taking perspective into account in a communicative task*. Neuroimage 52. pp.1574-1583. 2010
- Düinkel, F.: *Juvenile Justice Systems in Europe. Reform developments between justice, welfare and 'new punitiveness'*. In. Kriminologijos Studijos. pp.31-76. 2014/1
- Kohlberg, L: *Development of moral character and moral ideology*. In Review of Child Development Research, vol. 1 (eds M. Hoffman & L. Hoffman). New York: Russell Sage Foundation. 1964.
- Pinczés-Pressing Zsuzsanna és Fülöp Márta: *A morális fejlődés és a jogi szocializáció: elmélet és tapasztalat*. In. Hunyady György és Berkics Mihály (szerk.): *A jog szociálpszichológiája. A hiányzó láncszem*. ELTE Eötvös Kiadó. Budapest. pp. 76-93. 2015

- Steinberg, L., Icenogle, G., Shulman, E.P., Breiner, K., Chein, J., Bacchini, D., Chang, L., Chaudhary, N., Giunta, L.D., Dodge, K.A., Fanti, K.A., Lansford, J.E., Malone, P.S., Oburu, P., Pastorelli, C., Skinner, A.T., Sorbring, E., Tapanya, S., Tirado, L.M., Alampay, L.P., Al-Hassan, S.M., & Takash, H.M: *Around the world, adolescence is a time of heightened sensation seeking and immature self-regulation*. In. Dev Sci. 21 (2). 2018
- Steinberg L, Graham S, O'Brien L, Woolard J, Cauffman E, Banich M: *Age differences in future orientation and delay discounting*. In. Child Dev. 80(1), pp. 28-44. 2009
- Sussman, S., Pokhrel, P., Ashmore, R. D., & Brown, B. B: *Adolescent peer group identification and characteristics: A review of the literature*. In. Addictive Behaviors, 32(8), pp. 1602–1627. 2007
- Tamnes, C.K., Walhovd, K.B., Dale, A.M., Østby, Y., Grydeland, H., Richardson, G., Fjell, A.M: *Brain development and aging: overlapping and unique patterns of change*. In. Neuroimage 68, pp. 63–74. 2013

Other references

- Age of Criminal Responsibility. POST/NOTE by the Parliamentary Office of Science and Technology of the Houses of Parliament of the United Kingdom. 2018 <https://post.parliament.uk/research-briefings/post-pn-0577/>
- Charter of Fundamental Rights of the European Union. (2012/C 326/02)
- Children's rights and justice. Minimum age requirements in the EU. European Union Agency for Fundamental Rights. 2018
- Children's involvement in criminal, civil and administrative judicial proceedings in the 28 Member States of the EU. Policy Brief. Child Law Clinic, University College Cork, European Commission, 2015
- Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA
- Directive 2016/800/EU of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings 2016
- Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. 2010
- Handbook on European law relating to the rights of the child. Joint publication of the European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2015
- Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers of Council of Europe 2008
- Summary of contextual overviews on children's involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the EU. DG Justice, European Commission, 2014
- Towards an EU Strategy on the Rights of the Child. COM(2006) 367, 2006

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules") Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985. Strategic Plan 2016-2020. DG Justice and Consumers.

United Nations Convention on the Rights of the Child. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49.

III. EVENIMENTE

CRONICA LA FINAL DE EVENIMENT

Facultatea de Drept din cadrul Universității din Oradea a organizat în perioada 19 – 20 noiembrie o conferință cu participare internațională având ca temă generală „30 ani de la adoptarea Constituției României. Relația între dreptul intern și dreptul european”. Această conferință continuă seria evenimentelor bienale, de anvergură națională și internațională organizate de noi, evident cu sprijinul invitaților și partenerilor noștri. În pofida condițiilor medico-sanitare nefavorabile, am dorit să continuăm această tradiție a evenimentelor bienale, care completează viața comunității academice orădene.

Facultatea de Drept a reușit în ultimii ani să dezvolte relațiile de parteneriat și cooperare academică, naționale și internaționale, asigurând astfel o vizibilitate a faptelor care definesc parcursul nostru universitar.

Suita de evenimente din zilele de 19 și 20 noiembrie 2021 au stat sub semnul aniversării celor 30 de ani de la adoptarea Constituției României, dar în același timp ne-am propus să marcăm și împlinirea celor 10 ani de la adoptarea noului Cod Civil, respectiv să analizăm probleme actuale ale aplicării Dreptului în condițiile concurenței normelor juridice naționale, europene și a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Manifestarea științifică a debutat cu ceremonia de acordare a titlului ”Doctor Honoris Causa” al Universității din Oradea domnului prof.univ.dr.h.c. Ovidiu Predescu, la propunerea Facultății de Drept.

La eveniment au participat rectorul Universității din Oradea, prof. univ. dr. ing. habil. Constantin Bungău, președintele senatului Universității din Oradea, conf. univ. dr. Vasile-Aurel Căuș, decanul Facultății de Drept, conf. univ. dr. Cristian Miheș, prof. univ. dr. Mihai Hotca, rectorul Universității „Nicolae Titulescu” din București, prof. univ. dr. Ioan Chelaru, de la Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” București, împreună cu specialiști și profesioniști ai Dreptului din Oradea și alte orașe ale României. Un numeros auditoriu a urmărit ceremonia transmisă în mediul online.

Rectorul Universității din Oradea, prof. univ. dr. ing. habil. Constantin Bungău a afirmat că evenimentul este „o sărbătoare” pentru instituția pe care o reprezintă, cu atât mai mult cu cât prof. univ. dr. h. c. Ovidiu Predescu este o personalitate apreciată în lumea dreptului spunând următoarele: „De astfel de personalități are nevoie mediul universitar, specialiști în domeniul lor de pregătire, practicieni, profesioniști, și oameni care, chiar dacă mulțumirile profesionale ar trebui să le fie suficiente, dedică timp și energie activității științifice”.

Laudatio a cuprins a fost rostit de către prof. univ. dr. Mihai Adrian Hotca, rectorul Universității „Nicolae Titulescu” din București și conf.univ.dr. Cristian Dumitru Miheș, decanul Facultății de Drept.

În cuvântul său de Laudatio, prof. univ. dr. Mihai Adrian Hotca a subliniat momentul „special pe care prestigioasa universitate din Oradea îl trăiește în viața sa academică”. Vorbind despre prof. univ. dr. h. c. Ovidiu Predescu, despre argumentele acordării titlului

onorific, prof.univ.dr. Mihai Adrian Hotca a afirmat, în final: „Evaluând întreaga activitate științifică și profesională a profesorului Ovidiu Predescu, vom constata că a dovedit dăruire, vocație, inspirație pentru tinerii juriști și exemplu de urmat, demonstrând că fiecare profesionist este dator, dacă are calitățile necesare, să-și pună pielea în joc la cel mai înalt nivel, adică să aibă curajul profesional să ocupe funcții prin care să transpună în practică, în folosul societății, ideile și planurile sale. Un astfel de om este profesorul Ovidiu Predescu, personalitate marcantă a dreptului autohton, făuritor al multor destine profesionale, model al multor generații de juriști și sursă de cunoaștere pentru practicienii domeniului dreptului.”

În continuare, conf.univ.dr. Cristian Dumitru Miheș, în cuvântul său a evidențiat motivele principale pentru care Facultatea de Drept a formulat propunerea de acordare a titlului onorific, concluzionând următoarele: ”Lecturând și rostind această enumerare și completând-o cu celelalte repere bibliografice, nu putem să nu remarcăm sprijinul și îndrumarea pe care domnul profesor le-a oferit cu generozitate pe parcursul carierei dumnealui. Subliniem această generozitate și disponibilitate în a investi încredere în oamenii care au dovedit că sunt pasionați de Știința Dreptului. Este vorba de studenții dumnealui, este vorba de cei care au primit povața redacției de specialitate, este vorba de coautorii lucrărilor la care domnul profesor Ovidiu Predescu și-a adus contribuția. Cunoscând profesorul Ovidiu Predescu mai îndeaproape în ultima perioadă, am rămas surprins de întinderea acestei generozități și de disponibilitatea necondiționată – aș spune de natură părintească – manifestată.

Cu alte cuvinte, domnul profesor Ovidiu Predescu nu a dezvoltat doar Știința Dreptului, dumnealui a contribuit (și contribuie în continuare) la dezvoltarea oamenilor Dreptului, care vor duce această ramură de știință mai departe.”

După ce a dat citire, în limba latină, textului diplomei de Doctor Honoris Causa al Universității din Oradea, acordată prof. univ. dr. h. c. Ovidiu Predescu, conf. univ. dr. Aurel Căuș, președintele Senatului universității, l-a rugat pe acesta ca, de acum înainte, să nu uite că face parte din corpul academic al Universității din Oradea. „Onoarea este de partea noastră!”, a încheiat conf. univ. dr. Aurel Căuș.

În alocuțiunea prezentată cu acest prilej, prof. univ. dr. h. c. Ovidiu Predescu s-a declarat emoționat și onorat de a fi primit „înaltul titlu onorific de Doctor Honoris Causa al Universității din Oradea, cu atât mai mult cu cât acest titlu vine din partea uneia din cele mai vechi instituții de învățământ din România”. Prof. univ. dr. h. c. Ovidiu Predescu a prezentat istoria, de mai bine de 150 de ani, a revistei „Dreptul”, din perspectiva contribuției acestei publicații la dezvoltarea doctrinei, jurisprudenței și științei dreptului românesc. „Vă mulțumesc că m-ați primit în comunitatea voastră academică, o calitate care mă onorează și mă obligă”, a spus prof. univ. dr. h. c. Ovidiu Predescu, înainte de a le înmâna reprezentanților Universității din Oradea câte un volum al cărții „Revista Dreptul – 150 de ani de existență” și numărul 11 al publicației cu același nume.

Prof. univ. dr. Ioan Chelaru, președintele Uniunii Juriștilor din România, s-a declarat mândru de a fi alături de prietenul său prof. univ. dr. h. c. Ovidiu Predescu, la Universitatea din Oradea: „Nu puteam să nu răspund onorantei invitații făcută de Universitatea din Oradea, cea care a făcut, față de prietenul meu, un binemeritat gest de onorare”.

După această ceremonie plină de încărcătură emoțională, s-a derulat prima sesiune intitulată „30 ani de la adoptarea Constituției României” de prezentare în plenul

conferinței a comunicărilor științifice aparținând: Prof.univ.dr.h.c. Ovidiu Predescu, Director fondator al publicațiilor „Dreptul” - Principiul separației puterilor și penalizarea vieții publice; Prof.univ.dr. Ioan Chelaru, președinte, Uniunea Juriștilor din România - Aspecte actuale privind revizuirea Constituției României. Analiza ultimului proiect de revizuire susținut în fața Comisiei de la Veneția (Comisia europeană pentru democrație prin drept); Prof.univ.dr. Mihai Adrian Hotca, rector, Universitatea ”N. Titulescu”, București - Constituționalizarea dreptului penal; Prof.univ.dr. Verginia Vedinaș, Conf.univ.dr. Teodor Godeanu, Universitatea București - Valențe ale dreptului european în dreptul funcției publice în România ; Conf.univ.dr. Mircea Ursuța, Universitatea din Oradea - Accesul la justiție. Dosarul electronic național și implicațiile sale în materia procedurii civile.

Sesiunea în plen a fost urmată de un moment inedit – prezentarea cărții ”Gașca de la Drept” având ca autor pe prof.univ.dr. Mihai Adrian Hotca. Cartea a fost prezentată de conf.univ.dr. Cristian Dumitru Miheș evidențiind câteva aspecte, întâmplări, sfaturi (re)povestite de autor în paginile cărții având în minte nostalgia anilor de facultate, care au constituit un adevărat izvor necesar de cunoștințe pentru ceea ce urma după absolvire.

Ceremonia și sesiunea în plen au fost transmise în direct și pe portalul: www.universuljuridic.ro/.

Programul ulterior al evenimentului a inclus sesiunile conferinței, grupate pe specialitățile titlurilor comunicărilor aparținând invitaților noștri și cadrelor didactice din cadrul Universității din Oradea.

Astfel, în debutul acestei părți a evenimentului s-a derulat sesiunea ”Aplicarea legislației civile la 10 ani de la adoptarea noului Cod Civil” care a inclus comunicări aparținând colegilor din cadrul Universității București, Universității ”Babeș Bolyai” Cluj Napoca, Universității din Craiova, Universității de Vest din Timișoara și Universității din Oradea.

Ulterior, în alt registru, sesiunile dedicate Dreptului public au abordat probleme de actualitate legate de tema generală a conferinței – ”30 de ani de la adoptarea Constituției României”, la acestea participând colegi din cadrul Universității ”Babeș Bolyai” Cluj Napoca, Universității de Vest din Timișoara, Universității ”I.A.Cuza” Iași, Universității din Craiova, Universității ”Lucian Blaga” Sibiu, Universității ”Ovidius” Constanța, Universității ”Ștefan cel Mare” Suceava, Universității ”1 Decembrie” Alba-Iulia, Universității ”Sapientia” Cluj Napoca, și, respectiv, din cadrul Curții de Apel Oradea și Universității din Oradea.

În paralel s-a derulat două sesiuni în limba engleză, unde au susținut comunicările lor colegii din cadrul Universității din Debrecen, Universitatea din Miskolc și Universitatea din Szeghed (Ungaria), respectiv Universitatea din Rzeszow (Polonia).

A doua zi a evenimentul s-a derulat pe trei coordonate și a inclus sesiunea de Științe Penale, masa rotundă dedicată profesiilor juridice și trei ateliere destinate comunicărilor studenților de la nivel licență, masterat și doctorat.

În prima sesiune au fost abordate atât probleme practice alte Științelor penale, cât și probleme de actualitate referitoare la raportul între dreptul intern și legislația și jurisprudența

europă, precum și probleme legate de influența tehnologiei informației în Drept, susținând prezentările lor colegi de la Universitatea din Pisa (Italia), Universitatea din Miskolc (Ungaria), Universitatea de Vest Timișoara și Universitatea din Oradea.

Masa rotundă dedicată profesiilor juridice a abordat problemele cu care se confruntă profesiile juridice în prezent, la 30 de ani de la adoptarea Constituției României. Invitații și participanți au luat cuvântul expunând aspectele pozitive și negative, precum și provocările întâlnite pe parcursul exercitării profesiilor.

Fiind preocupați și de viitor, am organizat și o sesiune dedicată studenților, care s-a dovedit a fi interesantă, aplicată și care a revelat potențialul pe care îl au tinerii noștri colegi. În cadrul celor trei ateliere au susținut comunicări studenți de la nivel doctorat, masterat și licență din cadrul Universității "Babeș Bolyai" Cluj Napoca, Universității din Craiova și Universității din Oradea.

Concluzia acestui eveniment, la care au participat colegi din 18 universități, din România și din străinătate, fiind prezentate 84 de comunicări științifice este că ne aflăm într-un moment care ar trebui să asigure consolidarea și maturizarea vieții academice în cadrul facultății și universității noastre și, respectiv, să asigure parcursul nostru viitor.

Mulțumim și pe această cale invitaților, moderatorilor, partenerilor, tuturor celor care au contribuit la punerea în practică a acestui eveniment cu adevărat frumos.

*Cu recunoștință, datorată tuturor,
Conf.univ.dr. Cristian Dumitru Miheș
Decanul Facultății de Drept*

Oradea, la 23 noiembrie 2021