

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1/2021
ianuarie – martie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf. univ. dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR COORDONATOR: asist. univ. dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. univ. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof. univ. dr. Paul VASILESCU

prof. univ. dr. Ovidu PODARU

prof. univ. dr. Mircea Dan BOB

prof. univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf. univ. dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

CUPRINS/TABLE OF CONTENTS

- » **Cronici, note, recenzii:** Paul VASILESCU: *La dame à la licorne*5-14
- » **Studii:** Adam JAKUSZEWICZ: *Secularism at schools as a tool for social integration: the approach of the European Court of Human Rights*.....15-41
- » **Studii:** Andreea-Carla LOGHIN: *Regulamentul administrativ și legea organică, față în față: între conviețuire și conflict*42-103
- » **Studii:** Petres BOTOND-ZOLTAN: *Facilis descensus averno: WTO dispute settlement and trade-wars - is the WTO heading where it should?* 104-132
- » **Articole:** Adrian Tamba: *Scrisoarea de garanție bancară – titlu executoriu? Opinie ce îi putea fi adresată Înaltei Curți de Casație și Justiție – Dosarul nr. 643/1/2021*..... 133-148

RECENZII

LA DAME À LA LICORNE

DOI: 10.24193/SUBBIur.66(2021).1.1
Data publicării online: 25.06.2021

Paul VASILESCU*

Concis: Mondializarea și apartenența la blocul juridic european promiteau parcă mai multă ardoare pentru studiul comparat al dreptului. Nu s-a întâmplat acest fapt, cel puțin în ultimul deceniu, dar aceasta nu a împiedicat afirmarea unor cercetători pasionați de comparația juridică. În rândurile de mai jos trecem în revistă o lucrare aparte, importantă și demnă de a fi reținută. „Șapte dileme în teoria comparației” este o culegere de texte a trei Raluca BERCEA centrate pe fenomenul comparatist, pe categoriile acestuia și pe ambientul său de desfășurare. Înțelegerea dreptului ca fenomen cultural, dincolo de orizontul pozitivist, permite autorului să atace chestiuni dintre cele mai dificile – adevărul textual al dreptului, mecanismele comparatismului și metodologia acestuia, structura discursului comparatist ș.a. Invitația noastră la lectură e justificată de calitatea scriiturii și de bogăția ideilor înfățișate.

Cuvinte cheie: adevăr juridic, drept comparat, interpretare, metode comparatiste, metadiscurs, metatext, realism juridic, sintaxă, textualism.

* Facultatea de drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj, paul.vasilescu@law.ubbcluj.ro.

LA DAME À LA LICORNE

Abstract: Globalization and being a part of the European legal bloc promised more zeal for the Romanian comparative study of law. This has not happened in the last decade, but it has not prevented the assertion of researchers passionate about the legal comparison. We review a particular work, essential and worthy of being remembered. *‘Șapte dileme în teoria comparației’* (Seven dilemmas in the comparative theory) is a collection of texts by Ms Raluca BERCEA focused on the comparative phenomenon, its categories, and its environment. Understanding law as a cultural phenomenon beyond the positivist horizon allows the author to attack the most challenging issues - the textual truth of the law, the mechanisms of comparativism and its methodology, the structure of comparative discourse, etc. Our invitation to read is justified by the quality of the writing and the richness of the ideas presented.

Keywords: juridical truth, comparative law, interpretation, comparative methods, metadiscourse, metatextuality, legal realism, syntax, textualism.

LA DAME À LA LICORNE

Bref : Le droit comparé roumain ne connaît pas un essor important en dépit du droit applicable sur le sol roumain, et aussi à l'appartenance du système juridique interne à l'ordre du droit européen. Pour autant on ne peut parler d'une sécheresse profonde de la doctrine roumaine du droit comparé, car il y a aussi des travaux en la matière qui méritent toute notre attention, ainsi que le recueil *Sept dilemmes de la théorie comparatiste*, signé Raluca BERCEA. Tout en attaquant le droit comme phénomène culturel, l'auteur nous propose des essais assez bien ciblés sur des thèmes tels que les méthodes comparatistes, le discours juridique positif et ses outils métadiscursifs, le rapport existant entre la vérité du droit et celle des textes, la balance entre les divers subjectivismes analytiques etc. Le livre constitue un exemple textuel irréprochable méritant une lecture attentive quelle que soit la conviction intime du lecteur.

Mots-clés : vérité juridique, droit comparé, interprétation, méthodes comparatistes, métadiscours, métatexte, réalisme juridique, syntaxe, textualisme.

Dreptul comparat nu este chiar preferatul autorilor, profesorilor ori a juriștilor români. Oarecum paradoxal, căci apartenența la un spațiu cultural încheșat și cu origini comune decelabile ar fi trebuit să fie cel puțin un imbold pentru efortul comparatist. În plus, însuși dreptul Uniunii Europene, precum și eforturile de codificare de genul celor petrecute în sânul comisiei Lando, toate ar fi constituit dacă nu un temei, măcar un pretext pentru a exploata pista comparatistă a dreptului. Evident, studii autohtone¹ comparatiste, dar și traduceri ale unor opere esențiale² nu ne lipsesc, dar parcă și acestea vin să sublinieze o lipsă, iar nu să umple un gol. Vidul are ecou în dedicare și consecvență, în transformarea dreptului comparat în ceva mai mult decât în diletantism savant sau manipulare autohtonă. În fond, abia ultimul aspect ar fi cel de blamat, mai ales când vine de la nomothet și proptelele sale executive. Referința curentă la un alt drept – de fapt la o soluție legislativă străină – se face numai cu scopul de a justifica o anume opțiune normativă carpatină. „Și în America există o lege așa, deci, e firesc să o adoptăm și noi!” Oportunism și instrumentalizare normativă a unui text străin, care țin loc de explicație și justificare a necesității adoptării unei anume soluții legale locale. Dispensă de temei, trimitere doctă la o soluție juridică deja practică aiurea. Iată rațiunea practică a dreptului comparat la noi, cel puțin în ochii făcătorului de legi și a suporterilor săi executivi (sau nu).

Raluca BERCEA stă cu spatele la acest peisaj. Nu se îndepărtează de el, pentru că nu a făcut parte din el, nu l-a frecventat și nici nu dă semne că ar

¹ M. GUȚAN, *Sisteme de drept comparate. Introducere în teoria generală a dreptului comparat*, ed. Hamangiu, București, 2014; I. LEȘ – *Sisteme judiciare comparate*, ed. All Beck, București, 2002.

² L.-J. CONSTANTINESCO, *Tratat de drept comparat*, vol. I-III, ed. All, București, 1997-1998, 2001, traducere D. SCARLAT; P. LEGRAND, *Dreptul comparat*, ed. Lumina lex, București, 2001, traducere R. BERCEA.

vrea să-i treacă hotarele. Raluca BERCEA se ocupă de drept comparat ca și cum numai acesta ar exista. Menirea sa este să ne dea o cheie, nu să ne explice soluțiile dreptului intern prin ruginitul „și la alții e cam tot așa”. Dreptul comparat poate fi un lucru serios – la fel de serios ca omul care se ocupă de el; acum avem această probă. Dreptul comparat devine serios atunci când e surprins și dez-integrat în și din cultura sa eponimă. Se poate face drept comparat și fără juxtapuneri de două-patru articole din trei legi – una slovacă, una românească și alta peruviană. *Serios* înseamnă aici nu să încerci să compari texte de lege, ci să găsești temeiurile diferențelor manifestate în drept, să tratezi juridicul ca fenomen eminent cultural, depășind orice explicație preponderent pozitiv-tehnică pentru o viață *de jure*. Proba de care aminteam, serioasă și pertinentă, se constituie în lucrarea la care facem mai jos trimitere.

Șapte dileme în teoria comparației este o carte³ recentă a dnei BERCEA care cuprinde eseuri despre cum să înțelegem provocările dreptului comparat, opul încheindu-se cu un text semnat de Pierre LEGRAND⁴, a cărui *lignée* o continuă în parte și autorul român. Substanța cărții ni se înfățișează printr-un montaj interogativ, nu neapărat retoric, care ar surprinde cele mai importante momente ale unui efort juridic comparativ. Se aduc în discuție și se prezintă variante interpretative despre raporturile dreptului comparat cu întinderea legislativă contemporană (mondializare și europeanizare) a materiei, cu metodele de împrumut sau de inventat pentru a face comparații, cu jocul dinspre obiectiv către subiectiv pe care comparatistul e invitat să-l

³ R. BERCEA, *Șapte dileme în teoria comparației*, ed. C.H. Beck, București, 2019, (citată în continuare: „7 Dileme”).

⁴ P. LEGRAND, *Comparația drepturilor pe înțelesul studenților mei*, traducere și notă de A. MERCESCU și R. BERCEA, p. 176-210 în *7 Dileme*.

încerce, cu focalizări de cercetare pe adevărul rezultat din comparație, dar și cu un accent pe discursul referențial sau ficțional pe care dreptul comparat l-ar forma.

Fiecare text e probă de cunoaștere și bună scriitură, care trădează formația filologică a autorului, dar și dorința sa de a nu cădea prizonier relaxat al locurilor comune. Autenticitatea și dedicarea sunt firești, căutate fiind logicile și soluțiile pe care ar trebui dreptul comparat să nu le ignore. Avem un îndreptar de teme și rezolvări, pe care orice pasionat de drept prin comparație ar trebui să-l parcurgă. Sunt analizeze și interogații, pe care le putem nota – entuziaști ori critici, după știință și umori, căci nu suntem identici, ci diverși –, precum și câteva soluții *de jure*, bune de notat și aprofundat. Indiferent de preferințe, orientări sau idiosincrazii, este reconfortant să recunoști că **7 Dileme** e o colecție valoroasă de căutări și propuneri intelectuale ce merită întregul efort al lectorului înspre cinstea autorului. Dintre temele abordate, ne permitem aici doar câteva sublinieri de amănunt, pentru a marca astfel sagacitatea și gustul autorului pentru probleme cu adevărat dificile, dacă nu chiar pentru aporii; în rest, cartea trebuie citită toată.

La ce ar fi bun dreptul comparat? Ne ajută să descoperim, să selectăm și să reciclăm adevărul juridic. Poate din comparația de texte s-ar putea ivi cea mai bună soluție juridică din cele mai bune, căci textele vin din lumi culturale (juridice) distincte, dacă nu chiar de la antipozi intelectuali (*e.g. common law vs. drept civil*). Simple iluzii, suntem avertizați! Nu aflarea adevărului e miza și țelul comparației în drept. Texte fiind de comparat, interpretarea acestora nu este un zălog al depistării adevărului. Cheia de vizitare a textelor nu e decât relativă și ține de hermeneutica personală a celui ce citește, trezește textul.

„Nu există un adevăr al textului⁵.” De ce? Simplu, pentru că „grila prin care comparatistul va analiza acest text lipsit *a priori* de adevăr variază, inevitabil, în funcție de comparatist, căci nu există interpretare în care interpretul să se lanseze fără un bagaj conceptual prealabil⁶.” Plus, prin comparație se produce cel de-al treilea text, cel care aparține interpretului, ce încearcă să înțeleagă, să explice și să înfățișeze rosturile celor două texte-de-drept venite din zări juridice diferite. Numai că și acest text terțiar – discursul interpretativ ori cheia hermeneutică a textului-de-drept – nu ar fi mai adevărat decât obiectul său, ci o „speculație interpretativă⁷”, care și ea reprimă adevărul. „Nu există <deci> o experiență a adevărului care să nu fie interpretativă⁸.” Evident, „*adevărul* textului depinde, într-o măsură esențială, nu doar de interpret, ci și de convenții aflate dincolo de text⁹”. Contextul ar fi însă un supliment indispensabil – instrumental și semantic. *Aparté*: ceea ce e în afara textului aparține contextului; iată un impediment dirimant pentru ca doar interpretarea să creeze singularități de-drept, așa cum ar susține *maître* LEGRAND. Ignorăm aici orice plasare dincolo ori dincoace de text, căci realitatea celor 7 **Dileme** e textul – cel re-produs de comparatist, dar și cel original (produs de legiuitor), ambele discursuri fiind prinse în trama culturală (intertextuală). „Dreptul este, astfel, o expresie a culturii, experiența juridică a unei comunități fiind imersată într-un context cultural, astfel că, pentru comparatist, nu există nimic care să poată fi identificat ca *esență* a

⁵ 7 *Dileme*, p. 23.

⁶ 7 *Dileme*, p. 22.

⁷ 7 *Dileme*, p. 25.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*. Sublinierile marcate cu cursiv aparțin – în toate preluările – autorului citat.

juridicului, după cum, corelativ, nu există nimic care să fie, în mod esențial, înafara dreptului¹⁰.”

De fapt, textul-despre-drept ar cuprinde mai multe adevăruri, iar interpretarea – oricât de pură s-ar pretinde – ar fi inaptă „să redea dreptul străin așa cum este el, independent de orice amestec al interpretului¹¹”. Multitudinea de adevăruri face însă sumă nulă. Câștigul s-ar afla deci altundeva, nu în adunare, ci în etalarea „particularităților locale¹²” a dreptului național al interpretului, în „hermeneutica menită să confere sens¹³”. Da, nu ar fi exclus să existe sens fără adevăr, căci interpretarea comparatistă nu e referențială, ci ficțională. [Teza trebuie reținută, ea fiind proprie autorului recenzat.] Noima s-ar ascunde în scriitură, în textul-despre-drept. Acesta ar fi carnea interpretării; suflul hermeneuticii ce ar putea nutri (inclusiv) nomothetul, în efortul său herculean de a investi (textual) cu un adevărat sens normele, poruncile, învățăturile sale.

Cu textul pe text călcând, comparatistul va simți ce ar fi de făcut, din moment ce s-a produs atâta text. O sintaxă – plină de semne cuprinse într-un discurs, ce face compararea posibilă de drept. O sintaxă lipsită însă de o semantică autonomă și impersonală. O astfel de situație ar fi specifică mai de grabă aritmeticii, care ne-a obișnuit cu semne și raporturi între acestea, lipsită fiind totuși de vreo semantică atașată. Sensul ar veni din afară, dinspre interpret și din metatextul său. Textul-despre-drept este cel care investește cu sensuri textul-de-drept; iată o concluzie care disipează orice dilemă. Aici, îndrăznim să sugerăm că dreptul – știința sa – nu ar părea nici consistent, nici

¹⁰ 7 *Dileme*, p. 141.

¹¹ 7 *Dileme*, p. 27.

¹² 7 *Dileme*, p. 30.

¹³ *Ibidem*.

complet – dacă ar fi să împrumutăm termenii lui Gödel. Incompletitudinii juridice i-ar veni însă de hac hermeneutica comparatistului prin propunerea de sensuri multiple, toate posibile în același sistem de referință, în funcție de aptitudinile și subiectivitatea analistului.

Învățătura (paradoxală, am spune) de memorat ar fi că efortul comparatistului servește dreptul intern dezvelindu-i sensurile, uneori ascunse chiar privirii legiuitorului. Dincolo de adevăr stă sensul; iată o axiomă, iar nu o dilemă, desprinsă din cele **7 Dileme**. Nu plonjăm în plasa demonstrării axiomei, ci o livrăm. Prea abstractă să seducă spiritele practice, axioma ne marchează calea către rezervația de unicorni (metatextuali). Da, de aceea avem nevoie de Doamne, *à son seul désir...*

„Realitate înseamnă adevăr¹⁴.” Odată dispărut adevărul (prin multiplicare), pare mai la îndemână să sesizăm realitatea. Ignorăm parafraza hegeliană, ne captivează acum natura textelor de interpretare produse de comparatist; textul-despre-drept e unul strict comparatist aici. Totuși, pentru nu a sădi confuzie, trebuie amintit ce înseamnă realitatea pentru autor, la ce (fel de) realitate se raportează acesta. Se „are în vedere nu *realitatea* în sens de *lume reală*, ci *realitatea* sau *lumea juridică*¹⁵.” Distincția tranșantă e inspirată de observația banală că „uneori, reglementările juridice par să recunoască și să concilieze (deci, să conserve) ele însele acest clivaj între *fapt* (adică realitatea propriu-zisă) și *drept* (adică realitatea juridică)¹⁶.” Stabilirea unor raporturi cu realitatea, dar și înțelegerea acesteia, dă întotdeauna bătăi de cap, dar poziția autorului trebuie acceptată dacă se vrea înțelegerea concepției sale despre interpretare și discursul comparatist. Există, deci,

¹⁴ *7 Dileme*, p. 38.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

realități (de non-fapt), care sunt textuale. Aici trimitem direct la teza autorului care include discursul comparatist printre cele ficționale, abandonând valențele referențiale ale acestuia. Poziția autorului nu este chiar de dată recentă. Acesta rămâne consecvent în a trata discursul despre-drept ca unul care se folosește de pre-textul referențial (textul-de-drept), pentru a decola apoi rapid, generând texte fiduciar-ficționale. Toate acestea ne obligă și pe noi să reluăm succint câteva dintre ideile care probează pentru autor natura ficțională a dreptului comparat.

Astfel „interpretarea este, inițial, stimulată de ficțiune și se conduce, în bună măsură, după regulile acesteia¹⁷.” „Vom defini, deci, textul comparațiilor care se pot face în drept așa cum Gérard Genette a descris discursul zis de *ficțiune*: un <amalgam mai mult sau mai puține omogenizat de elemente eteroclite împrumutate în cea mai mare parte din realitate>¹⁸.” Acest lucru ar fi de admis căci textele nu pot reproduce decât infidel, secvențial și imaginar realitatea de-drept, referentul. Desprinderea de textul de referință, abolirea referențialității, este o consecință a textualismului intrinsec dreptului comparat: un text-despre care nu fotografiază decât mișcat-umbrit o realitatea uneori improbabilă. Incertitudinea nu e consecința interogației, ci chiar substanța textuală a realității, când aceasta se identifică cu textul-de-lege. Ar exista un surplus enorm (discursiv) de identificare a dreptului cu „producțiile sale textuale¹⁹”. Inventariem deci o abundență de eforturi discursive căreia îi scapă totuși dreptul aplicat. Doar cel din urmă caracterizează dreptul ce ar merita să fie recunoscut ca viu, preferabil oricărui text-de-drept. Oricum, există drept și înafara acestor producții discursive și

¹⁷ 7 *Dileme*, p. 59.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ 7 *Dileme*, p. 57.

că, ceea ce se află dincolo de texte ar merita mai multă atenție (și implicit mai multe texte-despre). Prin urmare, ar trebui deschisă o discuție despre „suprapunerea perfectă pe care juriștii pozitiviști (în general, și nu doar comparațiștii) o instaurează – ficțional, în oricare dintre sensuri – între drept și normă în sens strict²⁰.” Realitatea dreptului ar deveni mai efectivă prin dreptul aplicat-practicat, iar nu atât prin textele-de-drept însele. Se dă astfel semnalul mării evadări din discurs. O evaziune promisă din text către relațiile sociale amenajate *de jure*, o scăpare în buclă, care ar îngădui ficțiunea interpretativă, cu fixarea mai precisă a ceea ce ar fi (de/în fapt) dreptul. Deci, „orice comparație a drepturilor este o ficțiune²¹.”

Ni se indică astfel două căi ale dreptului de urmat simultan – una textuală, alta contextuală. Discursul comparatist este legătura explicativă, decodorul dreptului aplicat, căci el valorifică dinamic și concomitent cele două tipuri de texte – unele de *reper-înță* (de-drept), celelalte ficționale (despre-drept). Asistăm la lumea-ca-text, ca hipertext, în care realitatea e discursivă și se identifică cu adevărul textual interșanjabil al diferitelor super-discursuri. Sagace și sângeroasă abordare! Puterea textului devine astfel atotcuprinzătoare, metadiscursul fiind un exercițiu eficace de suveranitate și servitute.

Raluca BERCEA este un autor matur și interesant. El trebuie citit, chiar dacă nu ai răsfoit niciodată defuncta *Tel quel* ori ești încă adormit, nu *woke*.

²⁰ 7 *Dileme*, p. 58.

²¹ 7 *Dileme*, p. 56.

STUDII

SECULARISM AT SCHOOLS AS A TOOL FOR
SOCIAL INTEGRATION: THE APPROACH OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

DOI: 10.24193/SUBBIur.66(2021).1.2
Data publicării online: 25.06.2021

Adam JAKUSZEWICZ*

‘Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of behaviour but an acknowledgment and acceptance of difference.’¹

Abstract: When examining the cases on freedom of religion in the field of education, the European Court of Human Rights increasingly adopts the conception of hard or republican secularism. This approach has far-reaching implications for the Court’s understanding of social integration as a legitimate ground for the restriction on individual’s freedom. The judgement in *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* and the cases on wearing of religious attire at school demonstrate that despite its claim to neutrality, the republican conception of secularism has its inherent presuppositions about what society should look like and which values such a society

* Adam JAKUSZEWICZ, Doctor in Juridical Sciences, assistant professor at Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz, Poland, jakuszewicz@ukw.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-7094-5822>.

¹ South African Constitutional Court case – Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice (CCT11/98) [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517 (October 9, 1998): 1517, 1574–1575.

should embrace. In consequence, the application of this conception results in standardisation and homogenisation of the society according to secular and thus non-neutral ethos. This outcome is difficult to reconcile not only with equal respect for individual freedom of religion and moral autonomy, but also with general principles underlying its axiological structure, such as pluralism, tolerance, and broadmindedness.

Keywords: freedom of religion, social integration, republican secularism, liberal-pluralist secularism, religious diversity.

Table of Contents

I.	Introduction	16
II.	Opposing conceptions of secularism	18
III.	Assimilationist integration and republican secularism in school environment in the jurisprudence of the Court before the judgment in <i>Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland</i>	21
IV.	Forced integration at the expense of freedom of religion - the case <i>Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland</i>	25
V.	An alternative approach. Respect for diversity as the basis for social integration .	34
VI.	Conclusions	38
VII.	Bibliography	40

I. Introduction

In the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter: the Court) on freedom of religion, in the area of education, considerable importance has been ascribed to the need of social integration of ethnic and religious minorities. According to the Court, this need can be met only through the implementation in the school setting of the principle of secularism. Although this principle is not explicitly laid down in the European Convention on Human Rights (hereinafter: the Convention), it has been

regarded by the Court as one of the cornerstones of its axiological construction. As a result, it has been viewed as an essential factor that determines the interpretation of the freedom of religion as enshrined in Article 9 of the Convention. At the same time, the Court's assumptions on the meaning of secularism determines their understanding of the notion of social integration and cohesion as a legitimate ground for restricting the individual's freedom of religion.

Given the ambiguity inherent in the very notion of secularism, the Court accepts the meaning of this term which is derived from the constitutional tradition of the respondent state. Such an approach is an inevitable outcome of the Court's extensive use of the doctrine of margin of appreciation with regard to cases concerning the alleged breach of Article 9. Nevertheless, as it will be shown, the Court seems to be increasingly inclined to place the principle of secularism in its 'hard' or republican version above the protection of freedom of religion and beliefs, which results in narrowing the very scope of this right. Indeed, due to the use of the margin of appreciation the principle of secularism has been put by the Court on a pedestal in the sense that the Court accepts that the substance and scope of the freedom of religion is determined by that principle or even is 'subordinated' thereto².

The objective of this paper is to discuss how the Court's particular understanding of secularism and social integration affects the interpretation of freedom of religion in the area of education. In this context, special

² S.A. Fernández PARRA, *El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 'Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad' 2019, no 17, p. 89.

attention will be paid to the judgment in the case *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*³ (hereinafter: *Osmanoğlu*) where the Court explicitly endorsed the view of national authorities that social integration through homogenisation of the society, according to the prevailing secular values and patterns of behaviour constitutes a legitimate aim of social policy that justifies imposing far-reaching restriction on religious freedom of parents and schoolchildren. It will also be shown that the frequent adoption of the ‘republican’ or ‘hard’ conception of secularism by the Court results in troubling curtailment of concrete individual freedom for the sake of upholding abstract and general principles of social policy, which can hardly be reconciled with rights of religious and ethnic minorities and the self-proclaimed adherence of the Court to pluralism, tolerance and broadmindedness as fundamental values of the development of a democratic society.

II. Opposing conceptions of secularism

Before embarking on the analysis of the relevant case-law of the Court it is necessary to give a thought to the meaning of the notion of secularism. An insightful analysis of this concept has been propounded by J. Maclure and C. Taylor⁴. The authors distinguished two broad conceptions of secularism that represent polar opposites, i.e. the ‘liberal-pluralist’ and the ‘republican’ one⁵.

³ *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, no 29086/12. ECHR 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0110JUD002908612.

⁴ J. MACLURE, C. TAYLOR, *Secularism and freedom of conscience*, Harvard University Press, Cambridge 2011, *passim*.

⁵ *Ibidem*, p. 28.

Under the 'liberal-pluralist' conception of secularism religion is viewed on equal footing with non-religious beliefs as an enriching and important element of cultural heritage of a country. Consequently, its adherents are prone to permit religious distinctiveness and diversity in public space. They argue that the effacement of religious and ethnic differences from the public space with a view to enhancing civic integration would not only be unnecessary but above all counterproductive. This objective can be achieved more effectively through acknowledgement and respect of similarities and differences between people of diverse backgrounds, which is possible through dialogue, mutual understanding, and cooperation. Furthermore, under the 'liberal-pluralist' conception the value of secularism is only instrumental as it serves to guarantee respect for the equal moral value of the individual autonomy and the possibly wide protection of freedom of conscience and religion to all concerned. These values provide legitimacy for establishing the institutional arrangements, such as the separation of church and state and state's religious neutrality or 'functional agnosticism', as J. Maclure and C. Taylor put it, which are not ends in themselves, but are rather envisaged to serve the purpose of enabling the equal realisation of various conceptions of the good life without favouring or promoting any of them⁶.

In contrast, under the conception of 'republican' secularism secular arrangements are viewed as a primary instrument for achieving social integration defined as 'allegiance to a common civic identity and the collective pursuit of the common good'⁷. The adherents of this conception (mis)perceive

⁶ *Ibidem*, p. 27-35. Similarly, the principle of separation of powers lacks an intrinsic value. It is rather established to prevent tyranny and enhance individual freedom.

⁷ *Ibidem*, p. 31.

religiosity as a ‘radical’ attitude that is disruptive to the public order, and integration of minorities, as well as counterproductive to the realisation of human rights⁸. For this reason, they argue that the attainment of national unity and social cohesion requires the effacement or neutralization of religion, ethnicity, and other identity markers from public space, regardless of whether they are exposed on the initiative of public authorities or individuals. They also in principle deny any appeals for accommodation (such as exemptions from, or adaptation of, regulations and norms of general application) made on the grounds of religious duties. As a result, secularism in its ‘republican’ version becomes an intrinsic value, which implies that full separation between church and state or the state’s religious neutrality assumes greater importance than respect for freedom of conscience and religion⁹. Such prioritisation of secularism has rightly been depicted as ‘fetishism of means’¹⁰, i.e. the phenomenon where institutional arrangements are ‘defended at all cost rather than means that, though essential, are to be defined as a function of the ends they serve’¹¹.

Within the republican conception of secularism the school is portrayed as ‘*sanctuaire républicain*’ (a republican sanctuary) that must be defended ‘in order to preserve equality during the acquisition of values and knowledge in girls and boys’ and to protect the children from being exposed ‘to the bad

⁸ G. DU PLESSIS, *The European Struggle with Religious Diversity: Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, ‘Journal of Church and State’ 2018, vol. 60, issue 3, p. 508.

⁹ MACLURE, J., & TAYLOR, op. cit., p. 28.

¹⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

winds that divide, separate and bring us into conflict with one another'¹². This vision of school has been put into practice by states that adopt the 'republican' version of secularism and endorsed by the Court which, as the subsequent section will show, is tantamount to approving forced (assimilationist) integration resulting in deplorable curtailment of the freedom of religion, pluralism and cultural diversity.

III. Assimilationist integration and republican secularism in school environment in the jurisprudence of the Court before the judgment in *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*

The Court implicitly adopted the homogenising or assimilationist approach to social integration in some cases regarding the importance of education to social cohesion that were decided before the leading judgment in *Osmanoğlu*. Special interest in this context deserves the decision in the case *Konrad v. Germany*¹³ concerning the consistency with the Convention of the legal ban on home-schooling. The Court subscribed to the view of the German Constitutional Court that the society has an interest 'in avoiding the emergence of parallel societies based on separate philosophical convictions and the importance of integrating minorities into society'¹⁴. Furthermore, the

¹² *Discours de M. Jacques CHIRAC, Président de la République, sur le respect du principe de laïcité dans la République, Paris le 17 décembre 2003*, <https://www.elysee.fr/jacques-chirac/2003/12/17/discours-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-le-respect-du-principe-de-laicite-dans-la-republique-paris-le-17-decembre-2003> (accessed: 20.01.2021).

¹³ *Konrad v. Germany* (dec.), no. 35504/03, ECHR 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0911DEC003550403.

¹⁴ *Ibidem*, p. 7.

Court held that the protection of this interest is consistent with its own jurisprudence on the importance of pluralism for the development of a democratic society¹⁵. The cited statement ‘surely smacks of political correctness (...) and appears to fall squarely under the axe of indoctrination – which (...) is unqualifiedly condemned by Protocol 1, Article 2 of the European Convention’¹⁶. It is noteworthy that the Court did not explain how they understand the concept of ‘a parallel society’ and why its formation should be regarded as perilous to the maintenance of the constitutional order. One may ask, for instance, whether Catholic nuns or monks who wish to follow their spiritual vocation and for this purpose establish a convent or a monastery form an undesirable ‘parallel society’ or whether a group of people with ecologic mind-set who wish to live ‘according to nature’ and for this purpose establish an ecologic, self-sufficient village should be prevented from doing so in the name of social integration. The use of ambiguous and vague concepts, such as the notion of a ‘parallel society’ in the reasoning of the Court without clarification of their intended meaning undoubtedly obfuscates the legal discourse and communication between the Court, parties to the proceeding and the public.

The Strasbourg Court’s approach to the ban on home-schooling based on majoritarian and homogenising vision of social integration stands in contrast to the approach adopted by the U.S. Supreme Court in the case

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ J. WARWICK MONTGOMERY, *The Justification of Homeschooling Vis-A-Vis the European Human Rights System*, p. 7. 25th IVR World Congress Law Science and Technology, Frankfurt am Main 15–20 August 2011. Paper Series No. 085 / 2012 Series B Human Rights, Democracy; Internet/intellectual property, Globalization, Frankfurt am Main 2012., https://madalen.files.wordpress.com/2013/12/ivr_world_congress_2011_no_085.pdf. (accessed: 27.01.2021).

*Wisconsin v. Yoder*¹⁷. The complainants were members of the Amish community who sought the exemption for their children from the last two years of compulsory education as they regarded it detrimental to their religious upbringing. When examining the case, the Supreme Court showed a very considerate attitude towards the religious needs of the Amish community. It noted that ‘Compulsory school attendance to age 16 for Amish children carries with it a very real threat of undermining the Amish community and religious practice as they exist today; they must either abandon belief and be assimilated into society at large or be forced to migrate to some other and more tolerant region¹⁸’. The Supreme Court also rejected the argument of the state authorities that additional two years of modern education beyond 8th grade are necessary to prepare citizens to participate effectively and productively in America's political system. An important circumstance the Supreme Court considered when ruling in favour of the complainants was the fact that the Amish succeed in preparing their high school age children to be productive members of their community and that they have an excellent record as law-abiding and generally self-sufficient members of society¹⁹.

Even if one rightly criticises the judgment in *Wisconsin v. Yoder* for focusing exclusively on the interests of parents and Amish community and completely ignoring the children's interest in receiving an appropriate education that would open more options for their future choices²⁰, one should

¹⁷ 406 U.S. 205 (1972).

¹⁸ *Ibidem*, p. 218.

¹⁹ *Ibidem*, p. 212 et seq.

²⁰ E. BARTHOLET, *Homeschooling: Parent Rights Absolutism vs. Child Rights to Education & Protection*, ‘Arizona Law Review’ 2020, vol. 62: 1, p. 31.

concede that the Supreme Court was right in attributing a high value to the respect for pluralism and diversity. The Supreme Court's approach is even more telling when one considers that in the U.S. the interest in nation building and civic integration was one of the most important reasons for which nearly every state enacted mandatory school attendance laws by the end of World War I²¹.

In turn the assumption of the 'republican' or 'hard' secularism underlies the reasoning of the Court in numerous cases concerning the ban on wearing of religious symbols, in particular headscarves, by pupils and students in the school setting. The Court observed that in France, Turkey and Switzerland secularism is 'a constitutional principle, and a founding principle of the Republic, to which the entire population adheres and the protection of which appears to be of prime importance, in particular in schools'²². For this reason, the Court concluded that attitudes contrary to that principle cannot be regarded as a manifestation of a religion and therefore are not protected under Article 9.1 of the Convention²³. Moreover, the Court observed that it is to the national authorities 'to take great care to ensure that, in keeping with the principle of respect for pluralism and the freedom of others, the manifestation by pupils of their religious beliefs on school premises did not take on the nature of an ostentatious act that would constitute a source of

²¹ K. T., BURGESS, *The constitutionality of home education statutes*, 'UMKC Law Review' 1986, no 55, p. 70. In the words of the US Supreme Court, public education was deemed the most powerful means of 'promoting cohesion among a heterogeneous democratic people'. (*McCullum v. Board of Educ.*, 333 U.S. 203, 216 (1948).)

²² *Dogru v. France*, no. 27058/05, § 72, ECHR 2009, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD002705805.

²³ *Ibidem*.

pressure and exclusion'²⁴. Leaving apart both the ambiguity of the phrase 'attitudes contrary to the principle of secularism' and the fact that the national authorities have never convincingly proven that wearing religious attire constitutes 'a source of pressure and exclusion', it is noteworthy that the Court explicitly placed the principle of secularism above the right to freedom of religion.

IV. Forced integration at the expense of freedom of religion – the case *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*

The case where the Court explicitly referred to the integration function of school within the republican-secularist concept of social cohesion is the already mentioned judgment in *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*. The case concerned the objection of Muslim parents to their daughters' attending compulsory mixed swimming classes. The applicants justified their objection on the grounds that they are responsible for inculcating in their children modesty requirements mandated by their religion which they are supposed to observe after reaching the puberty. The Government submitted that the interference with the applicants' freedom of religion was justified by the need of integration and adaptation of children from different cultural backgrounds to the Swiss lifestyle in order to ensure their equal future participation in the economic, social and cultural life of the country²⁵. They contended that given

²⁴ *Ibidem*, § 72. The same arguments have also been advanced in the following admissibility decisions: *Aktas v. France* (no. 43563/08), *Bayrak v. France* (no. 14308/08), *Gamaleddyn v. France* (no. 18527/08), *Ghazal v. France* (no. 29134/08), *J. Singh v. France* (no. 25463/08) and *R. Singh v. France* (no. 27561/08). All of them were issued on 30 June 2009.

²⁵ *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, op. cit., § 70.

the rapidly increasing Muslim population in Switzerland the importance of integration and respect for the values of the local culture should be attached more weight than it was the case in the past²⁶. The Government also indicated that the interference with the religious freedom of the applicants was diminished by the fact that their daughters could use a burqini during the swimming lessons, which they refused because of the fear of stigmatisation of their children. Moreover, the Government pointed out to the fact that in the school there were separate cloakrooms and showers for boys and girls, so the applicants' daughters did not have to undress in the presence of students of opposite sex²⁷.

It is important to note that the applicants did not question the importance of social integration of immigrants. They rather argued that the exemption they sought would to a greater extent serve that objective than the policy adopted by the Government. In their view, when a host country is tolerant of religious beliefs of minorities, foreigners are more willing to integrate into the local society and accept its rules. The applicants also contended that in their case the measures aimed at integration were not at all necessary, since they had been living in Switzerland for decades and felt more connected to that country than to the country of their origin. They declared that they respect the constitutional principles and legal order of their host country and pointed out that the only feature that distinguished them from the majority of the Swiss population was their religion²⁸. Furthermore, the applicants claimed that the mere fact that their children do not attend

²⁶ *Ibidem*, § 69.

²⁷ *Ibidem*, § 76.

²⁸ *Ibidem*, § 60.

swimming classes does not marginalise them. Given that these classes constituted only a relatively small fraction of the course in physical education, the pupils' socialisation occurs mainly in other school contexts. Lastly, according to the applicants in the case of their daughters the educational objective of swimming lessons was not endangered either since they were taking private swimming lessons.

The Government did not accept these arguments and insisted that attending private swimming lessons instead of those given by the school merely leads to isolation of the children. They also contended that the achievement of the educational objectives of the classes hinges not only upon their learning content but also upon the conditions in which they take place²⁹. According to the Government swimming classes are intended not only to teach learners to swim but also, what is even more important, to fulfil the function of socialisation and integration. The Government also submitted that it was common in Switzerland to see partly naked bodies on beaches and in the media so that children should learn from an early age 'to handle' these aspects of community life in order to facilitate their functioning in society³⁰.

The Court endorsed the arguments advanced by the Government and found no breach of Article 9 of the Convention. In particular, the Court shared the Government's view that the objective of obligatory swimming lessons 'was the integration of foreign children from different cultures and religions, as well as the smooth functioning of the education system, compliance with compulsory schooling and equality between the sexes. In particular, the measure was intended to protect foreign pupils from any form of social

²⁹ *Ibidem*, § 75.

³⁰ *Ibidem*, § 77.

exclusion³¹. The Court also emphasised the important role of public schools in the process of social integration into local customs and way of life and concluded that the applicants' daughters' interest in receiving education that facilitates their integration 'according to local customs and mores' outweighs the parents' wish to have them exempted from mixed swimming lessons³².

The judgement of the Court in *Osmanoğlu* is problematic for several reasons. Above all, given that the judgment lacks a concrete in-depth analysis of the suitability and role of swimming classes for achieving pupils' social integration and preventing their social exclusion, the proper examination of the proportionality requirement is missing. In particular, the Court did not address the applicants' argument that their family was well integrated into Swiss society and that only their religion distinguishes them from the rest of the population. Nor did the Court consider that swimming classes represented only an ancillary part of the school curriculum. Similarly, the Court did not consider the fact that the applicants' requests to transfer their daughters to another school in the same city where there were no swimming classes in the curriculum were turned down. The need for applicants' integration into society has therefore not been convincingly proven neither by the respondent Government nor by the Court. In cases like *Osmanoğlu* national authorities should be required to indicate a specific threat to social integration or other interest of the child that might be sacrificed because of his or her exemption from a specific course or part of it. Mere reference to the vague and imprecise need of 'social integration' should be regarded as insufficient for limiting a human right. In other words, to meet the condition of proportionality, the

³¹ *Ibidem*, § 65.

³² *Ibidem*, § 97.

Court should require concrete evidence that the attendance at swimming classes is a *sine qua non* for social integration or that the applicants' daughters were not enough integrated or in need of further integration. Moreover, it is hard to believe that granting an exemption from swimming classes would violate the interests of the applicants' daughters or other persons (potentially) involved, i.e. the other pupils, teachers and the school in general. In sum, the Court seems to perceive freedom of religion on equal footing with policy decisions of the respondent state regarding education and social integration.

Furthermore, the Court has adopted 'a non-neutral secularist understanding and assumption of social integration above different understandings thereof without adequate justification and proof' that the same level of social integration cannot be achieved by less restrictive means. In other words, the Court assumed 'that there is only one correct form of social integration, i.e. the one which emerges as the result of the implementation of strict secularism'³³. In such a way the Court has given a green light to the assimilationist policies aimed at cultural 'absorption' of ethnic and religious minorities. This approach is homogenizing in the sense that people from different cultural backgrounds are expected to adapt to the specific country's lifestyle. It 'equates equality with uniformity and denies alternative forms of being co-existing in societies'³⁴.

It is also noteworthy that the Court perceived local patterns of behaviour (i.e. the practice of wearing skimpy clothes in some contexts) as if they were objective and the only adequate ones. This is inferred from the Court's acceptance of the Government's argument that children have to learn

³³ G. DU PLESSIS, *op. cit.*, s. 508.

³⁴ *Ibidem*, 509.

‘to handle’ the aspects of community life that are incompatible with their parents’ religious beliefs. (One might assume that in the context of the commented judgment ‘to handle’ means to neutralise moral objections against patterns of behaviour deemed reprehensible and to learn to accept them as ‘normal’). In such a way the Court accepted one mode of integration without considering whether alternative forms of nation-building exist that do not necessarily imply the formation of a homogeneous society. In normalising prevailing social patterns of behaviour and placing them above the individual’s religious convictions, the Court endorsed a non-neutral version of secularism promoted by national authorities. The local customs, however, are mutable and depend on time and place. For instance, fifty years ago it was very rare for states to organise mixed swimming classes and it cannot be ruled out that in the future other activities or practices which are shocking today will be normalised in the name of, say, gender equality. ‘If the evolutive local customs and traditions are the ultimate criterion taken into account by the Court to impose practice on parents, how can one live according to deeply-rooted and timeless convictions? It amounts to having to obey zeitgeist³⁵’.

What is even more troubling, by declaring coercing a person to make a positive act (e.g. sending their daughters to swimming classes) against their deeply-seated religious convictions by means of administrative sanctions (imposition of fines) compatible with the Convention, the Court endorsed the state’s coercive approach to social integration³⁶. Forcing someone to act

³⁵ C. FOLTZENLOGEL, *Integration & Parental rights*, <https://ecj.org/religious-freedom/echr/-rome-on-prend-des-bains-comme-les-romains>, (accessed 30.12.2020).

³⁶ *Ibidem*.

against their deep convictions arguably constitutes a further-reaching and more serious interference with the individual's freedom of conscience than preventing someone from acting positively according to their beliefs. For this reason, the interference with religious freedom of the applicants is to be regarded as being of particular intrusiveness, which should have been adequately considered at the proportionality level.

The judgement in *Osmanoğlu* is therefore 'of assimilationist inspiration'³⁷. Furthermore, it 'strengthens the sanctuarisation of public schools which are becoming a tool for social and cultural standardisation which one then qualifies as 'integration'³⁸.' At the same time, the Court reassigned the role of a school subject as in the light of the judgement in *Osmanoğlu* the main role of swimming classes is not learning and improving swimming but practising this activity together (despite the fact that swimming is essentially an individual sport). In other words, action in common is perceived by the Court as a tool for generating a form of collective life and common identity.

The commented judgement can also be viewed as a continuation of the Court's tendency to restrict freedom of religion in order to uphold the vague principles of 'living together', allegedly derivable from the concept of 'rights and freedoms of others' under Article 9.2 of the Convention. This trend appeared in the judgement *S.A.S. v France*³⁹ concerning the ban on wearing

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *S.A.S. v France* [GC], no. 43835/11. ECHR 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511.

full veils in public. While in *S.A.S* and the subsequent similar cases⁴⁰ the notion of ‘living together’ involved ‘the institution of a form of sameness, consisting (...) in the visibility of the face, *Osmanoğlu* concretises this, and uses the essential ethos of ‘living together’ as a means of constructing a form of collective life, and one consisting in homogeneity and simultaneity’⁴¹. Furthermore, *Osmanoğlu* exemplifies a more general trend in the Court’s jurisprudence on freedom of religion that can be described as a progressive moving away from the thorough fact-based assessment of the necessity of restrictions on individual freedom towards reasoning based on abstract principles and creating new and vague legal concepts that allegedly fall within the scope of the notion of ‘rights and freedoms of others’ under Article 9.2 of the Convention. It is not to say that the facts are irrelevant to the Court, but rather that the emphasis in the Court’s reasoning has shifted in favour of more general values, such as the right of states to take their own policy decisions on sensitive matters related to freedom of religion.

This approach of the Court is alarming for many reasons. First of all, appealing to general principles or aims of social policy debilitates the onus on the respondent governments to present a rigorously considered and fact-based argumentation that carefully weights the conflicting interests. Secondly, giving more weight to general values results in the Court’s expanding the already extensive application of the margin of appreciation that

⁴⁰ *Belkacemi and Oussar v. Belgium*, no. 37798/13, ECHR 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD003779813; *Dakir v. Belgium*, no. 4619/12, ECHR 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD000461912.

⁴¹ S. TROTTER, ‘Living Together’, ‘Learning Together’, and ‘Swimming Together’: *Osmanoglu and Kocabas v. Switzerland (2017) and the Construction of Collective Life*, ‘Human Rights Law Review’ 2018, vol. 18, Issue 1, p. 15, <http://eprints.lse.ac.uk/87226/>, (accessed: 12.01.2021).

traditionally has been wide as far as cases on freedom of religion are concerned. In turn, the overextension of the margin of appreciation ‘allows almost complete deference to the State, which has the potential to undermine the religious freedom of minorities’⁴². It should be borne in mind that decisions that are made on the grounds of margin of appreciation favour majority perceptions of church-state relations and place of religion in public life. In overusing this mechanism, the Court imperils the ability to exercise its supervisory functions around the Convention and its application. In short, it undermines its mandate to protect vulnerable minority populations in Europe⁴³.

Osmanoğlu and cases related to freedom of religion in the field of education can be seen as an illustration of the ‘struggle with ‘radical’ religious groups and the fear that they are creating undesirable parallel societies unable to integrate with secular values of Western European countries’⁴⁴. The perception of a religion, irrespective of its type, as radical is connected with widespread negative connotations to this phenomenon in general. In secularised Europe, religion is often regarded as a repository of obsolete values, bigotry, or fanaticism. Due to terrorist attacks in recent years, this negative perception especially relates to Islam. Militant jihadism is believed to be partly caused by the fact that Muslim immigrants are not integrated into the host countries’ societies. Nevertheless, in assuming that religions are ‘radical’ and dangerous in the sense that they are counterproductive to human

⁴² S. BERRY, *Religious Freedom and the European Court of Human Rights’ Two Margins of Appreciation*, ‘Religion and Human Rights’ 2017, no 12, p. 207.

⁴³ M. ADRIAN, *The principled slope: religious freedom and the European Court of Human Rights*, ‘Religion, State and Society’ 2017, vol. 45, nos. 3-4, p. 175.

⁴⁴ G. DU PLESSIS, *op. cit.*, p. 513.

rights (such as equality of women), ‘hard’ or ‘republican’ secularism creates unbridgeable antagonism between secular and religious values. This antagonism in turn is one of the factors which account for the insufficient integration of diverse minority groups into Western societies. Nowadays, this holds true specifically with regard to Muslim communities. Indeed, ‘Islam often serves as a canvas on which to project fears surrounding the loss of national, cultural or also religious identity’⁴⁵. Many cases on freedom of religion resolved by the Court over the last decades where the restriction on individual’s rights in the name of ‘hard’ secularism were deemed legitimate suggest that the Court is not at all immune to such perception of religion.

V. An alternative approach. Respect for diversity as the basis for social integration

When examining the alleged breach of Article 9 the Court should adopt the *in dubio pro libertate religosa* approach or the presumption in favour of individual liberty. Under this approach the individual’s freedom should be protected as far as possible and can be limited only if there are unequivocal, convincing arguments justifying the need of adoption of a restrictive measure. In other words, the restriction clause of Article 9.2 of the Convention should be construed narrowly as an exception to the general rule laid down in Article 9.1. This requires applying a strict necessity and proportionality test.

⁴⁵ F. BRETSCHER, *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland: A Swiss perspective*, ‘Strasbourg Observer’ 30 March 2017, <https://strasbourgobservers.com/category/cases/osmanoglu-and-kocabas-v-switzerland/> (accessed: 05.01.2021). A telling example of the prohibition of the construction of minarets, introduced to the Swiss Constitution by popular vote (Art. 72 sec. 3.).

Moreover, in order to appropriately protect the right to freedom of conscience and religion, whose exercise is intimately linked to the protection of human dignity, the Court should depart from the conception of the republican secularism and shift to the liberal-pluralist one. Due to its role of ensuring equal respect for the conscience of each individual, it is much more legitimate than the republican one which attempts at imposing on individuals a uniform (secular) ethos and system of values. The liberal-pluralist version of secularism is to a greater extent compatible with the enhancement of both individual autonomy, enjoyment of human rights and pluralism. It is also fully compatible with the state's role as 'a neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths, and beliefs'⁴⁶. These objectives are more important when one considers, on the one hand, the increasing secularisation of European societies and the concomitant insufficient sensitivity to religious needs of some citizens and, on the other, cultural diversification of European societies with growing number of members of various less known or 'exotic' religious movements. As a result of these processes freedom of religion will arguably to a greater extent become a right of minority groups than it was in the past and than it is nowadays.

The liberal-pluralist conception of secularism was assumed by the Court in the case *Lautsi v. Italy*⁴⁷ on the conformity with the Convention of

⁴⁶ As the Court rightly noted on many occasions, 'In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place limitations on freedom to manifest one's religion or beliefs in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected. The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and has stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society'. (e.g. *S.A.S. v. France*, op. cit., § 127).

⁴⁷ *Lautsi v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0318JUD003081406.

the compulsory display of crucifixes in Italian schools. Admittedly, given the ‘preponderant visibility’⁴⁸ the authorities conferred on the country’s majority religion in the school environment, it is at least doubtful that the mandatory display of crucifixes in state schools or offices is compatible with the principle of state neutrality and the principle of secularism, even in its ‘weak’ liberal-pluralist version. Nevertheless, it should be conceded that the endorsement by the Court (guided by the doctrine of the margin appreciation) of the Italian ‘liberal-pluralist’ approach permitted to examine the contested measure in the broader social context and rendered the judgment at least some legitimacy. Specifically, the Court considered that the presence of crucifixes is not associated with compulsory teaching about Christianity and that school environment is open in parallel to other religions. For instance, it was not forbidden for pupils to wear Islamic headscarves or other symbols or apparel that has a religious connotation. Furthermore, alternative arrangements were possible to help school environment fit in with non-majority religious practices (the beginning and end of Ramadan were ‘often celebrated’ in schools’ optional religious education could be organised in schools for ‘all recognised religious creeds’). For these reasons, there was nothing to suggest that the Italian authorities were intolerant of pupils who believed in other religions, were non-believers or who held non-religious philosophical convictions⁴⁹.

Admittedly, the general shift to liberal-pluralist secularism would imply the need to reconsider the role of the margin of appreciation doctrine in the context of overall jurisprudence of the Court on freedom of religion. The

⁴⁸ *Ibidem*, § 71.

⁴⁹ *Ibidem*, § 74 *et seq.*

broad margin of appreciation afforded to national authorities in this field is justified *inter alia* by the fact that it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in a society and that the meaning or impact of the public expression of a religious belief differs according to time and context⁵⁰. Consequently, the rules in this sphere vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order⁵¹.

However, given the already mentioned processes of increasing secularisation and cultural diversification across Europe, this argument does not seem as convincing as it was the case in the past. In most European countries the role of religion in public life and the situation of believers with regard to real possibilities of practicing their faith in daily life outside the private sphere in most European countries seems to be getting similar. The rationale for the excessive use of the margin of appreciation has therefore at least debilitated, if not become completely invalid. What is more, the broad application of the margin of appreciation in the area of freedom of religion in increasingly secularised social and political contexts results in relativizing and hollowing its very substance. It also ‘allows for preferential treatment of the state and majorities to the detriment of the protection of minorities and individual’⁵².

⁵⁰ W. A. SHABAS, *European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015, p. 426.

⁵¹ E.g. *S.A.S. v France*, op. cit., § 130.

⁵² M. LUGATO, *The ‘Margin of Appreciation’ and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*, ‘Journal of Catholic Legal Studies’, 2013. vol. 52, p. 53.

The shift to liberal pluralist conception of secularism would open up the possibility of the application of the standard of reasonable accommodation as elaborated in the Anglo-Saxon countries. According to this concept, the individual's religious needs or conscientious objections should be accommodated unless it would pose to the involved an undue burden (e.g. an excessive costs to an employer or a considerable threat or detriment to rights and freedoms of others). Furthermore, wherever possible, accommodation or exemption from a legal duty could be compensated with the imposition of an alternative obligation. The function of such an alternative obligation would be to lessen any burden the accommodation might place on the society, as well as to eliminate (the appearance of) a privileged or more advantageous position of the individual exempted from the primary legal duty. For instance, in cases like *Osmanoğlu*, the parents or school authorities could have considered an alternative solution for achieving the goal of social integration allegedly undermined by the hypothetical exemption from swimming classes, such as attending other optional classes (an art or music club) if offered by the school. Undoubtedly, the approach of reasonable accommodation is more equitable when solving conflicts between freedom of religion and other values in the context of multicultural societies.

VI. Conclusions

The jurisprudence of the European Court of Human Rights on freedom of religion is moving away from evaluation of the facts to (over)emphasising of general principles and creating vague legal concepts such as 'social integration'. This trend also appears in cases concerning freedom of religion in school environment and manifests in the Court's

increasing reliance upon the republican secularism and social integration as legitimate grounds for restricting the concrete individual rights. The judgements in *Osmanoğlu* and cases on wearing religious attire at school demonstrate that, despite its claim to neutrality, the republican secularism has its inherent presuppositions about what society should look like and which values such a society should embrace. In consequence, the application of this conception results in standardisation and homogenisation of the society according to secular and thus non-neutral ethos. This outcome is difficult to reconcile not only with individual rights laid down in the Convention, but also with general principles underlying its axiological structure, such as pluralism, tolerance, and broadmindedness. The Court's overemphasis on general principles and objectives of social policy pursued by national authorities debilitates the requirement of member states to present a solid, fact-based justification of the need to restrict the individual's freedom. It also imperils the effectiveness of the protective function of the Convention, which is especially alarming as far as rights of vulnerable minority groups or groups subject to state authority such as pupils are concerned. These threats could be mitigated, if not completely overcome, if the Court based their interpretation of Article 9 on the liberal-pluralist conception of secularism. As it has been shown, this conception is much more compatible with the Convention values and has a more enhanced potential for ensuring the adequate protection of moral autonomy and freedom of conscience of all concerned in religiously and culturally diversified Europe.

VII. Bibliography

- M. Adrian, *The principled slope: religious freedom and the European Court of Human Rights*, 'Religion, State and Society' 2017, vol. 45, nos. 3-4, pp. 174-185.
- S. Berry, *Religious Freedom and the European Court of Human Rights' Two Margins of Appreciation.*, 'Religion and Human Rights' 2017, no 12, pp. 198-209.
- E. Bartholet, Homeschooling: Parent Rights Absolutism vs. Child Rights to Education & Protection, 'Arizona Law Review' 2020, vol. 62: 1, pp. 2 – 80.
- F. Bretscher, *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland: A Swiss perspective*, 'Strasbourg Observer' 30 March 2017, <https://strasbourgobservers.com/category/cases/osmanoglu-and-kocabas-v-switzerland/>, (accessed: 05.01.2021).
- Burgess, K. T., *The constitutionality of home education statutes*, 'UMKC Law Review' 1986, no 55, pp. 69 – 84.
- Discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur le respect du principe de laïcité dans la République*, Paris le 17 décembre 2003, <https://www.elysee.fr/jacques-chirac/2003/12/17/discours-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-le-respect-du-principe-de-laicite-dans-la-republique-paris-le-17-decembre-2003>, (accessed: 20.01.2021).
- G. Du Plessis, *The European Struggle with Religious Diversity: Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, 'Journal of Church and State' 2018, vol. 60, issue 3, pp. 503-525.
- S. A. Fernández Parra, *El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento conciencia y religión en el Convenio*

- Europeo de Derechos Humanos*, 'Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad' 2019, no 17, pp. 68-99.
- C. Foltzenlogel *Integration & Parental rights*, <https://eclj.org/religious-freedom/echr/-rome-on-prend-des-bains-comme-les-romains>, (accessed 30.12.2020).
- M. Lugato. *The 'Margin of Appreciation' and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*. 'Journal of Catholic Legal Studies' 2013, vol. 52, pp. 49-70.
- J. Maclure, C. Taylor, *Secularism and freedom of conscience*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London 2011.
- W. A. Shabas, *European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015,
- S. Trotter, '*Living together, 'learning together', and 'swimming together': Osmanoglu and Kocabas v. Switzerland (2017) and the construction of collective life*', 'Human Rights Law Review', March 2018, vol. 18, issue 1, <http://eprints.lse.ac.uk/87226/> (accessed: 12.01.2021).
- J. Warwick Montgomery, *The Justification of Homeschooling Vis-A-Vis the European Human Rights System*, 25th IVR World Congress LAW SCIENCE AND TECHNOLOGY Frankfurt am Main 15–20 August 2011. Paper Series No. 085 / 2012 Series B Human Rights, Democracy; Internet / intellectual property, Globalization, Frankfurt am Main 2012., https://madalen.files.wordpress.com/2013/12/ivr_world_congress_2011_n_o_085.pdf. (accessed: 27.01.2021).

STUDII

REGULAMENTUL ADMINISTRATIV ȘI LEGEA ORGANICĂ, FAȚĂ ÎN FAȚĂ: ÎNTRE CONVIEȚUIRE ȘI CONFLICT

DOI: 10.24193/SUBBIur.66(2021).1.3
Data publicării online: 25.06.2021

Andreea-Carla LOGHIN*

Rezumat: În acord cu prevederile constituționale și cu principiul ierarhiei normelor juridice, prin act administrativ normativ („regulament”) nu pot fi instituite reguli în domenii ce fac obiectul exclusiv al legii organice (potrivit art. 73 din Constituția României) iar, în măsura în care s-ar întâmpla acest lucru, în fața instanței prioritate trebuie să aibă legea, și nu un act infralegal, căci, așa cum stabilește imperativ art. 124 din Constituție: „... judecătorii se supun numai legii”. Consiliul Superior al Magistraturii este organul administrativ cu atribuții recunoscute de lege în materia carierei magistraților, având competența de a adopta acte administrative normative și de a reglementa proceduri specifice de organizare a concursurilor de promovare în funcție a magistraților. În măsura în care o lege organică îi permite acestuia să instituie prin hotărâre reguli de contencios administrativ, se ivește un conflict de reglementări între un asemenea regulament/act administrativ normativ și Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ – „dreptul comun” în această materie. Sesizată fiind cu soluționarea unei contestații, Înalta Curte de Casație și Justiție pare să facă abstracție de principiile constituționale, ridicând actul administrativ normativ la rangul de „lege” pentru a exclude de la aplicare legea organică în materia contenciosului administrativ.

Regula prevăzută de art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004 este aceea că termenul de care orice organ administrativ dispune pentru a răspunde cererii

* Avocat în Baroul Cluj, andreea-carla.loghin@law.ubbcluj.ro.

particularului cu care a fost sesizat este de 30 de zile. Regulamentul Consiliului Superior al Magistraturii în cauză stabilește un termen de 90 de zile în care magistratul care a fost declarat admis la concurs, fără a se fi clasat pe o poziție care să-i fi permis să ocupe unul din locurile pentru care a concurat, poate valorifica rezultatele concursului în vederea promovării, dacă, în acest interval de timp se vacantează un loc la instanța pentru care a optat. Interpretând acest termen, într-o manieră surprinzătoare și, într-o oarecare măsură, ambiguă, Înalta Curte de Casație și Justiție pare a-i conferi aceeași natură juridică cu termenul instituit prin legea organică în materie de contencios administrativ, excluzând aplicabilitatea acestuia din urmă. Prezentul studiu analizează natura juridică a termenului de 90 de zile și locul acestuia în logica termenelor din contenciosul administrativ pentru a concluziona că soluția dată de instanța supremă conflictului de reglementări și raportului dintre termenele aplicabile este cel puțin criticabilă.

Cuvinte cheie: Consiliul Superior al Magistraturii, act administrativ normativ, contencios administrativ, lege organică, principiul ierarhiei normelor juridice, art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004, cariera magistraților, concurs de promovare.

ADMINISTRATIVE REGULATIONS AND ORGANIC LAW: BETWEEN CONFLICT AND CONSONANCE

Abstract: Under the Romanian constitutional provisions and the principle of the hierarchy of legal norms, normative administrative regulations cannot enforce rules in areas that are the exclusively subject to the organic law (according to art. 73 of the Constitution) and, insofar as this would happen, the law must have priority before the court, and not an illegal act, because, art. 124 of the Constitution states that ‘judges are subject only to the law.’ The Romanian Superior Council of Magistracy is the administrative body with attributions recognised by law in matters related to magistrates’ careers: It can adopt normative administrative acts and regulate specific procedures for organising competitions to promote magistrates. To the extent that an organic law allows it to establish, by decision, rules of administrative litigation, there is a conflict of regulations between such a normative administrative act and Law no. 554/2004 of the administrative contentious – *lex generalis* in this matter. Having been notified with the settlement of an appeal, the Romanian High Court of Cassation and Justice seems to ignore the constitutional principles, raising the normative

administrative act to the rank of 'law' in order to exclude the application of the organic law on administrative litigation.

The rule provided by article 2 paragraph (1) letter h) of Law no. 554/2004 states that the administration must respond to an individual's request within 30 days. The regulation of the Romanian Superior Council of Magistracy in question establishes a term of 90 days in which the one who was declared admitted to the competition, without having been classified on a place that would have allowed him/her to occupy one of the places for which he/she competed, can capitalise the results of the contest in order to be promoted, if, during this time, a place is vacated at the court for which he/she opted. Interpreting this term in a surprising and, to some extent, ambiguous manner, the Romanian High Court seems to give it the same legal nature as the term set up by the organic law on administrative litigation, excluding the latter's applicability. This study examines the legal nature of the 90-day time limit and its place in the logic of time limits in administrative litigation to conclude that the solution given by the Supreme Court to the conflict of regulations and the relationship between the applicable time limits is at least questionable.

Keywords: Superior Council of Magistracy, normative administrative act, administrative contentious, organic law, the principle of the hierarchy of legal norms, art. 2 para. (1) letter h) of Law no. 554/2004, the career of magistrates, promotion contest.

Cuprins

I.	Despre posibilitatea delegării către CSM a atribuției de a „legifera” în domeniul carierei magistraților.....	50
A.	„Delegarea” de putere legislativă și contenciosul administrativ	53
	1.Totul pleacă de la o regulă	53
	2.Delegarea legislativă „comună” – Ordonanțele Guvernului	55
	3.Delegarea legislativă „improprie”.....	58
B.	Delegarea legislativă și cariera magistraților	61
	1.Incidența regulilor de contencios administrativ în ceea ce privește cariera magistraților	61
	2.Interdicția expresă de a adăuga la lege.....	62
	3.Mecanismul de apreciere, de către instanța de judecată, a legalității unui act administrativ normativ adoptat de CSM.....	64
II.	Natura termenului de 90 de zile de valorificare a rezultatelor concursului	68
A.	Despre termene în general și posibilele lor clasificări	68
	1.Drepturile subiective și termenele care le afectează existența sau, după caz, eficacitatea.....	68
	2.Actele de procedură și termenele în care trebuie îndeplinite acestea.....	76
B.	Despre termenul de 90 de zile și corelarea lui cu termenele reglementate de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.....	81
	1.Logica termenelor în contenciosul administrativ în situația refuzului nejustificat de soluționare a unei cereri	82
	2.Termenul de 90 de zile instituit prin Regulamentul CSM și natura sa juridică dificil de găsit.....	91
	3.Unde a greșit instanța supremă în interpretarea sa?.....	96
III.	Concluzie	103

Să ne imaginăm următorul scenariu: o persoană se înscrie la un concurs de promovare în funcție, condiționat de existența (cel puțin a) unui loc vacant la instituția vizată. La final, aceasta se situează pe a treia poziție în lista candidaților, în condițiile în care fuseseră scoase la concurs doar două locuri. Procedura de desfășurare a concursului prevede însă că, ulterior validării rezultatelor, candidații care nu se numără printre cei promovați (deși au fost declarați admiși, obținând un punctaj care, în abstract, le-ar fi permis

să ocupe postul) au dreptul de a-și valorifica rezultatele obținute și de a reitera cererea de promovare dacă, între timp, în cadrul instituției în cauză apare un alt loc vacant. Vocația la valorificarea rezultatelor și la promovare există însă pentru un interval de timp limitat. O persoană aflată într-o asemenea situație, formulează cererea necesară, cu speranța legitimă că va primi un răspuns în termenul legal (general). În ciuda existenței locului vacant în perioada imediat următoare solicitării sale (deci a îndeplinirii tuturor condițiilor legale), organul administrativ sesizat păstrează tăcerea timp de 30 de zile. Răspunsul negativ este comunicat doar la expirarea termenului care limita temporal vocația de promovare, când locul vacant se ocupase deja, iar vocația la valorificarea rezultatelor primului concurs nu mai exista. Să fi fost această a doua șansă una reală și efectivă sau, mai degrabă, doar „teoretică și iluzorie”?

Dar, mai întâi să vedem care a fost soluția instanței supreme de la care pornește prezentul studiu:

„ (...) Potrivit dispozițiilor art. 46 alin. (3) și art. 47 din Legea nr. 303/2004, modificată și completată, procedura de organizare și desfășurare a concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor va fi stabilită printr-un Regulament. De asemenea, dispozițiile art. 60 din Legea nr. 303/2004, modificată și completată, stipulează în sensul stabilirii competenței CSM de a aproba cererile de transfer ale judecătorilor și procurorilor de la o instanță la alta sau de la un parchet la alt parchet ori la o instituție publică. La rândul său, art. 38 alin. (1) din Legea nr. 317/2004 modificată și completată, enumeră printre atribuțiile Plenului CSM adoptarea regulamentelor și hotărârilor prevăzute de Legea nr. 303/2004 și Legea nr. 304/2004.

În acest scop, prin Hotărârea Plenului CSM nr. 621/2006¹, modificată și completată, a fost adoptat Regulamentul privind organizarea și desfășurarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor, act administrativ cu caracter normativ care, la art. 30 alin. (1), prevede că judecătorii și procurorii care nu au fost promovați ca urmare a lipsei posturilor vacante pot fi promovați în posturile ce se vacantează la instanțele și parchetele pentru care au optat la înscriere, în termen de 3 luni² de la data validării concursului.

Din cuprinsul dispozițiilor Legii nr. 303/2004³ și Legii nr. 317/2004⁴, se desprinde concluzia conform căreia, procedurile de promovare și transfer ale judecătorilor și procurorilor sunt lăsate în competența Consiliului Superior al Magistraturii care, prin intermediul regulamentelor și hotărârilor, are obligația să emită dispoziții de organizare a executării legii și de executare în concret a legii. Astfel, art. 30 alin. (1) din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor a stabilit un termen de 3 luni pentru valorificarea rezultatelor concursului de promovare.

Contestatoarea a susținut că, potrivit art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea contenciosului administrativ⁵, era îndreptățită să obțină un răspuns la cererea sa de valorificare, în termen de 30 de zile de la data de 19.12.2017 ce reprezintă data validării rezultatelor obținute la concursul de promovare din data de 26.11.2017.

Înalta Curte apreciază că dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004 modificată și completată nu sunt aplicabile în cauză. Legea contenciosului administrativ reprezintă legea generală în

¹ Consiliul Superior al Magistraturii, Plen, Hotărâre nr. 621/2006, http://old.csm1909.ro/csm/linkuri/25_10_2006_6439_ro.pdf, arhivă: <https://perma.cc/8CLV-5XCZ>.

² Forma actuală a Hotărârii nr. 621/2006 adoptată de Plenul CSM prevede un termen de 6 luni pentru valorificarea rezultatelor concursului.

³ Publicată în M.of.: 576/29 iunie 2004, republicată în temeiul art. XII al titlului XVII din Legea nr. 247/2005 în M.of.: 826/13 septembrie 2005, în vigoare din 29 septembrie 2004.

⁴ Publicată în M.of.: 599/2 iulie 2004, republicată în M. of.: 827/13 septembrie 2005, republicată în temeiul art. 80 din Legea nr. 76/2012 în M. of.: 628/1 septembrie 2012, în vigoare din 2 octombrie 2004.

⁵ Publicată în M.of.: 1154/7 decembrie 2004, în vigoare din 7 ianuarie 2005.

materia contenciosului administrativ, iar termenul de 30 de zile se aplică în domeniile în care, prin legi speciale nu se prevede un alt termen.

Contestatoarea a mai susținut, prin concluziile orale, faptul că Legea contenciosului administrativ este o lege organică, conform art. 73 alin. (3) lit. k) din Constituția României, iar termenul de 30 de zile poate fi modificat numai prin lege organică și nu printr-un Regulament, act administrativ cu caracter normativ.

Înalta Curte de Casație și Justiție amintește dispozițiile art. 73 alin. (3) lit. l) din Constituția României, potrivit cărora organizarea și funcționarea Consiliului Superior al Magistraturii se reglementează prin lege organică, iar Legea nr. 317/2004 a permis chiar consiliului să adopte regulamente și hotărâri în materia promovării judecătorilor și procurorilor.

Într-o altă ordine de idei, chiar legea contenciosului administrativ permite ca, prin legi speciale, să se deroge de la termenul general de 30 de zile. **Noțiunea de „legi speciale” folosită în cuprinsul Legii nr. 554/2004 este foarte largă, aceasta cuprinzând atât legi organice, dar și legi ordinare sau legea în sens larg, cum ar fi un act administrativ cu caracter normativ.**

Prin urmare, Legea nr. 317/2004 privind organizarea și funcționarea Consiliului Superior al Magistraturii, lege organică, a lăsat în competența de reglementare a acestei autorități întreaga procedură de promovare, care cuprinde și dispoziții referitoare la termenele în care se formulează cererile, răspunsul la cereri etc. astfel că nu este întemeiată susținerea contestatoarei. De altfel, în speță nu a fost invocată nicio excepție de neconstituționalitate sau nelegalitate cu privire la textele incidente.

Înalta Curte concluzionează, arătând că termenul de 30 de zile din Legea nr. 554/2004 modificată și completată nu se aplică în cadrul procedurii valorificării rezultatelor concursului de promovare.

În cauză se aplică numai termenul de 3 luni prevăzut de art. 30 alin. (1) din Regulament, iar la împlinirea acestui termen intimatul are obligația să soluționeze cererea contestatoarei prin care a cerut

valorificarea rezultatelor concursului de promovare din data de 26.11.2017⁶”.

Lectura soluției jurisprudențiale adaugă scenariului propus și coordonatele lipsă: persoana în cauză are statutul de magistrat (judecător sau procuror), concursul la care participă este un concurs de promovare în funcție, iar perioada de valorificare a rezultatelor concursului este instituită prin regulament adoptat de Plenul Consiliului Superior al Magistraturii. Regulamentul în cauză prevede o procedură specifică prin care pot promova judecătorii și procurorii care, inițial nepromovați, au trecut de un anumit rezultat prag în urma concursului și îndeplinesc criteriul unor note minime la materiile enumerate în Regulament⁷. Acest „drept” născut *post-factum* este recunoscut doar pentru un interval de 3 luni de la data la care au fost validate rezultatele concursului.

Pornind de la premisa că în domeniul promovării magistraților în funcție, Consiliul Superior al Magistraturii adoptă hotărâri care instituie proceduri specifice, și ținând cont de faptul că eventualele contestații privitoare la aceste proceduri sunt de competența Secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție, un subiect de interes poate fi reprezentat de interferențele existente între astfel de

⁶ ICCJ, Sec. contencios administrativ și fiscal, dec.: 3696/1-11-2018, <https://sintact.ro/#/jurisprudence/520810929/1/decizie-nr-3696-2018-din-01-nov-2018-inalta-curte-de-casatie-si-justitie-bucuresti>.

⁷ Art. 27 alin. (1) din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor adoptat prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 621/2006 prevede că „Nota obținută la concurs este suma notelor obținute la proba teoretică și proba practică, în raport cu următoarea pondere: 75% proba practică și 25% proba teoretică”, iar potrivit alin. (2) „Pentru a fi declarat admis la concurs candidatul trebuie să obțină cel puțin media generală 7 și nu mai puțin de 5 la fiecare dintre cele două probe de concurs menționate la art. 17”.

regulamente și Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ⁸, reprezentând „dreptul comun” în această materie.

Întrebările care se ridică și pe care Înalta Curte de Casație și Justiție le-a tranșat într-o manieră proprie privesc măsura în care o dispoziție cuprinsă în aceste regulamente poate fi interpretată ca prevedere *specială*, înlăturând de la aplicare regula *generală* instituită prin Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ și, totodată, posibilitatea ca o astfel de interpretare să aducă atingere drepturilor magistratului.

În studiul nostru, vom încerca să analizăm, pe de o parte, ce probleme de constituționalitate poate ridica delegarea, printr-o lege organică, a competenței în materie de legiferare către un organ cum este Consiliul Superior al Magistraturii (**Partea I**), respectiv, care este natura termenului de valorificare a rezultatelor concursului prevăzut în Regulamentul Consiliului Superior al Magistraturii și ce raporturi se pot stabili între acest termen și cele prevăzute în materia contenciosului administrativ în situația refuzului nejustificat de a soluționa o cerere (**Partea a II-a**).

I. Despre posibilitatea delegării către CSM a atribuției de a „legifera” în domeniul carierei magistraților

Trasarea unor legături între actele normative adoptate de Consiliul Superior al Magistraturii și Legea contenciosului administrativ are ca punct de plecare natura administrativă a acestui organ și a hotărârilor sale.

⁸ Publicată în M.of.: 1154/ 7 decembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, Consiliul Superior al Magistraturii constituie, fără îndoială, un organ de natură administrativă, în acest sens pronunțându-se și Curtea Constituțională a României⁹. Totodată, este unanim acceptat că hotărârile acestui organ constituie acte administrative, în considerarea celor două texte din Legea contenciosului administrativ - art. 2 alin. (1) lit. b), unde este definită noțiunea de autoritate publică și lit. c) a aceluiași articol, cuprinzând definiția actului administrativ¹⁰.

Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii¹¹ statuează asupra procedurii de adoptare a hotărârilor de către acest organ¹².

⁹ Astfel, în jurisprudența sa, Curtea Constituțională a României decis că CSM este o autoritate fundamentală a statului (Deciziile CCR nr. 53 și nr. 54 din 25 ianuarie 2011, publicate în M.of.: 90/3 februarie 2011), care însă nu este reprezentantul autorității judecătorești, acest rol revenind Înaltei Curți de Casație și Justiție și celorlalte instanțe judecătorești; de asemenea, CSM nu este exponentul puterii judecătorești, ci un organ de natură administrativă (Decizia CCR nr. 375 din 6 iulie 2005, publicată în M.of.: 591/8 iulie 2005). Consiliul este un organism independent, cu activitate permanentă, cu atribuții referitoare la cariera judecătorilor și procurorilor (Decizia CCR nr. 799 din 17 iunie 2011, publicată în M.of.: 440/23 iunie 2011). Conform dispozițiilor constituționale, CSM face parte din cadrul autorităților judecătorești (Decizia CCR nr. 514 din 29 mai 2007, publicată în M.of.: 464/10 iulie 2007). În acest context, autorității judecătorești nu îi poate fi conferit un alt statut față de organele reprezentative ale celorlalte puteri în stat.

¹⁰ Potrivit art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 554/2004, autoritatea publică este definită ca fiind „orice organ de stat sau al unităților administrativ-teritoriale care acționează, în regim de putere publică, pentru satisfacerea unui interes legitim public; sunt asimilate autorităților publice, în sensul prezentei legi, persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică”. Totodată, art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 oferă definiția actului administrativ ca fiind „actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice”.

¹¹ Republicată în M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012.

¹² Potrivit art. 29 din Legea nr. 317/2004 : „ [...] (4) Hotărârile Consiliului Superior al Magistraturii, în plen și în secții, se iau prin vot direct și secret și se motivează. (5) Hotărârile

Printre aceste acte se numără și Regulamentele privind organizarea și desfășurarea concursurilor de promovare în funcție a magistraților¹³, care au natura unor acte administrative normative¹⁴.

Caracterul de act administrativ al Hotărârilor Plenului Consiliului Superior al Magistraturii privind cariera judecătorilor și a procurorilor și în principal regimul contestației prevăzute împotriva unei asemenea hotărâri, determină natura de drept administrativ a conflictului dintre magistratul care se consideră vătămat și CSM, și, implicit, o potențială aplicare a regulilor de contencios administrativ.

plenului privind cariera și drepturile judecătorilor și procurorilor se redactează în cel mult 20 de zile și se comunică de îndată [...]"

¹³ Competența Consiliului Superior al Magistraturii în adoptarea acestor Regulamente este recunoscută prin Legea nr. 304/2004 privind statutul judecătorilor și al procurorilor, republicată în M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005, care prevede, în art. 46, cu referire la promovarea acestora, că „procedura de desfășurare a concursului, [...] se stabilește prin Regulamentul privind organizarea și desfășurarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor”, adăugând, prin art. 106: „Consiliul Superior al Magistraturii aprobă, prin hotărâre care se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I:[...] f) **Regulamentul privind organizarea și desfășurarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor [...]**”. Competența Consiliului Superior al Magistraturii în ceea ce privește cariera magistraților este confirmată și prin Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii. Potrivit art. 30 al acestei legi, „Consiliul Superior al Magistraturii asigură respectarea legii și a criteriilor de competență și etică profesională în desfășurarea carierei profesionale a judecătorilor și procurorilor (...)”.

¹⁴ De altfel, doctrina și jurisprudența interbelică foloseau doar noțiunea de „*acte-reguli*”, „*regulamente*” pentru actele administrative cu caracter normativ. În acest sens, subliniind distincția *acte-reguli*, *acte-subiective*, *acte-condițiuni*, doctrina se exprima în sensul că „*Tipul actului-regulă pe care îl poate săvârși Administrațiunea, este regulamentul, care este actul administrativ prin care se stabilesc unele norme cu caracter general și impersonal, întocmai ca și legile, în vederea aplicării legilor și a funcționării, de cele mai multe ori din punct de vedere interior, a serviciilor publice*” (C.G. RARINCESCU, *Contenciosul administrativ român*, ed. a 2-a, anastatică, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 144).

A. „Delegarea” de putere legislativă¹⁵ și contenciosul administrativ

1. Totul pleacă de la o regulă ...

Posibilitatea de reglementare, privită în sens larg, se manifestă prin adoptarea legilor, pe de o parte și a actelor administrative normative, pe de altă parte. Această distincție clară este făcută și de art. 154 din Constituția României, prin folosirea sintagmei „*legile și toate celelalte acte normative*”.

În ceea ce privește *legile*, art. 73 din Constituție, având denumirea marginală „Categorii de legi”, prevede faptul că parlamentul adoptă „*legi constituționale, legi organice și legi ordinare*”, enumerând apoi domeniile reglementate prin legi organice.

Potrivit alin. (3) lit. k) din același articol, contenciosul administrativ trebuie reglementat exclusiv prin lege organică. În acest sens, sunt de reținut și prevederile art. 52 alin. (1) din Constituția României potrivit cărora „*condițiile și limitele exercitării acestui drept [al celui de acces la instanța de contencios administrativ – s.n. A-C.L] se stabilesc prin lege organică.*” Aceste dispoziții se completează cu art. 5 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, care prevăd, la rândul lor, că limitarea dreptului de acces la instanța de

¹⁵ Prin folosirea noțiunii de „delegare” nu evocăm acea formă de transmitere a competenței întâlnită în dreptul administrativ – desemnând *investirea unui funcționar (delegat) cu exercițiul anumitor atribuții, prin voința organului care deține competența originară (delegant)*, ci tradiționala „delegare legislativă” însemnând transferul puterii dinspre Parlament spre executiv, pentru a vedea dacă acest fenomen consacrat la nivel constituțional poate avea și un alt „destinatar” decât guvernul, în speță – Consiliul Superior al Magistraturii.

contencios administrativ prin reglementarea unor proceduri paralele poate fi instituită exclusiv prin lege organică¹⁶.

Ca o consecință firească, și regula privind termenul pe care administrația îl are la dispoziție pentru a răspunde cererii particularului - instituită prin art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004¹⁷ - are natura juridică a unei legi organice.

¹⁶ Potrivit art. 5 alin. (2) Legea nr. 554/2004: „Nu pot fi atacate pe calea contenciosului administrativ actele administrative pentru modificarea sau desființarea cărora se prevede, prin lege organică, o altă procedură judiciară”. În legătură cu acest text legal, s-a arătat în doctrină că „(...) recursul paralel presupune existența unei legi organice (sau ordonanțe de urgență emise în domeniul legii organice) care să prevadă o altă procedură judiciară, prin urmare sunt excluse legile ordinare și, cu atât mai mult, procedurile administrativ-jurisdicționale”. Același autor arată că probleme de interpretare au apărut în ceea ce privește OG: 2/2001 privind contravențiile, exprimându-se în sensul că „aplicând strict textele Legii nr. 554/2004, reiese că OG: 2/2001, nefiind lege organică, nu mai poate conține prevederi contrare Legii nr. 554/2004”; a se vedea D. C. DRAGOȘ, *Legea contenciosului administrativ: comentarii și explicații*, ed. a 2-a, rev., Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 183. În contextul analizării aceleiași probleme ridicate în cazul O.G. nr. 2/2001, un alt autor afirmă că în această situație „actele de sancționare contravențională sunt atacabile după procedura prevăzută de Legea contenciosului administrativ”, a se vedea F. COMAN-KUND, *Instanța competentă în materie contravențională în lumina prevederilor noii legi a contenciosului administrativ*, în C.J. nr. 5/2005, p. 83, *apud* D. C. DRAGOȘ, *op.cit.*, p. 183. Așa cum se arată însă, Curtea Constituțională a mers pe o interpretare mai largă și, cu ocazia analizei constituționalității textului art. 5 alin. (2), a ignorat formularea incorectă, statuând că procedura prevăzută de O.G. nr. 2/2001 este în integralitate aplicabilă, în temeiul recursului paralel; a se vedea Decizia CCR nr. 182/2006, M.of.: 366/26 aprilie 2006.

¹⁷ Potrivit art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004: „nesoluționare în termenul legal a unei cereri - faptul de a nu răspunde solicitantului în termen de 30 de zile de la înregistrarea cererii, dacă prin lege nu se prevede alt termen”.

2. Delegarea legislativă „comună” – Ordonanțele Guvernului

Unica situație de delegare legislativă permisă de Constituție o constituie transferul atribuției de a legifera către executiv¹⁸.

Cu privire la acest caz excepțional de preluare a puterii legislative de către altă autoritate, s-a pronunțat recent și Curtea Constituțională în jurisprudența sa. Sesizată fiind cu excepția de neconstituționalitate a prevederilor Legii nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, Curtea a statuat în motivarea deciziei sale¹⁹ asupra delegării legislative către Guvern. Astfel, aceasta a subliniat că

„ ... ordonanțele și ordonanțele de urgență ale Guvernului, adoptate în temeiul delegării legislative, sunt acte normative care cuprind norme cu caracter primar, de domeniul legii. Astfel, într-o jurisprudență constantă, Curtea Constituțională a statuat că în ceea ce privește conceptul de «lege» (...) acesta are mai multe înțelesuri în funcție de distincția ce operează între criteriul formal sau organic și cel material. Potrivit primului criteriu, legea se caracterizează ca fiind un act al autorității legiuitoare, ea identificându-se prin organul chemat să o adopte și prin procedura ce trebuie respectată în acest scop. (...) Criteriul material are în vedere conținutul reglementării, definindu-se în considerarea obiectului normei, respectiv a naturii relațiilor sociale reglementate. În ceea ce privește ordonanțele Guvernului, (...) elaborând astfel de acte normative,

¹⁸ Definind această limitare a suveranității Parlamentului în materia legiferării, Curtea Constituțională a României a statuat că ea „își găsește o justificare unanim acceptată ce izvorăște din principiul separației și al colaborării puterilor în stat”, Decizia nr. 1438 din 4 noiembrie 2010 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, precum și a dispozițiilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 124/2005 privind modificarea și completarea Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, publicată în M.of.: 16/17 ianuarie 2011.

¹⁹ Decizia nr. 45 din 25 iunie 2020, publicată în M.of.: 578/1 iulie 2020.

organul administrativ exercită o competență prin atribuire care, prin natura ei, intră în sfera de competență legislativă a Parlamentului. Prin urmare, ordonanța nu reprezintă o lege în sens formal, ci un act administrativ de domeniul legii, asimilat acesteia prin efectele pe care le produce, respectând sub acest aspect criteriul material. În consecință, întrucât un act juridic normativ, în general, se definește atât prin formă, cât și prin conținut, legea în sens larg, deci cuprinzând și actele asimilate, este rezultatul combinării criteriului formal cu cel material (...) Ordonanțele și ordonanțele de urgență ale Guvernului, sub aspect material, conțin norme de reglementare primară, având o forță juridică asimilată cu a legii²⁰”.

Astfel, Constituția consacră două forme distincte ale acestei delegări: pe de o parte, ordonanțele simple ale guvernului, cu un regim constituțional „normal”, – prevăzute de art. 108 și de art. 115 alin. (1) – (3) din legea fundamentală, și, pe de altă parte, ordonanțele de urgență – al căror regim de excepție este prevăzut în alineatele (4) –(6) ale aceluiași art. 115.

În privința ordonanțelor simple, așa cum a statuat și doctrina²¹, conținutul acestora nu poate viza sfera legilor organice, domeniul celor din urmă fiind expres și limitativ prevăzut în art. 73 alin. (3) din Constituție.

În adoptarea ordonanțelor de urgență, executivului îi este acordată o mai mare putere de legiferare²², existând posibilitatea unei „intruziuni” în domeniul legii organice – dar aceasta în mod cu totul excepțional și în cazuri de strictă necesitate. Referitor la posibilitatea guvernului de a interveni prin

²⁰Argumente aduse în vedere și prin Decizia nr. 405 din 15 iunie 2016, publicată în M.of.: 517/8 iulie 2016, paragrafele 62 și 63.

²¹ I. MURARU, E.S. TĂNĂSESCU, D.A. TOFAN, *Constituția României: Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 1088.

²² Limitările prevăzute *expressis verbis* prin Constituție în ceea ce privește adoptarea ordonanțelor de urgență vizează legile constituționale, regimul instituțiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție, drepturile electorale, măsurile de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică.

ordonanțe de urgență în materii ce fac obiectul legilor organice s-a pronunțat recent Curtea Constituțională, în contextul analizării excepției de neconstituționalitate a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului României nr. 57/2019 privind Codul administrativ²³. În acest context, prin raportare la transpunerea legislației europene în dreptul intern, curtea a arătat că

„ ... instrumentul normativ prin care legislația internă transpune/se aliniază celei europene n-ar trebui să fie ordonanța de urgență a Guvernului, deoarece doar scopul armonizării în sine nu poate justifica, singur, utilizarea delegării legislative, consacrată ca mijloc secundar și excepțional de reglementare de care Guvernul poate uza numai în condițiile restrictive ale art. 115 din Constituție.” Totuși, continuându-și raționamentul, a admis, în situații de excepție, „utilizarea ordonanței de urgență a Guvernului ca instrument de legiferare pentru situații concrete, stabilind, în considerarea obligațiilor impuse statului român de art. 148 alin. (4) din Constituție, că Guvernul este abilitat din punct de vedere constituțional ca, prin mijloacele pe care le are la îndemână, să garanteze îndeplinirea obligațiilor României față de Uniunea Europeană”. Curtea a subliniat însă că „urgența reglementării apare atunci când o situație extraordinară – care se abate semnificativ de la obișnuit – este preexistentă urgenței, este cuantificabilă și obiectivă”.

Se poate observa astfel că unica situație în care norma fundamentală permite delegarea legislativă este aceea a ordonanțelor guvernului, neexistând nici în acest caz o putere absolută de legiferare. În privința ordonanțelor simple, Constituția prevede expres imposibilitatea alterării domeniului legilor organice, în timp ce în privința ordonanțelor de urgență se

²³ Decizia nr. 60/2020 de respingere a excepției de neconstituționalitate a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 57/2019 privind Codul administrativ, publicată în M.of.: 369/8 mai 2020.

recunoaște o oarecare atenuare a acestei reguli, care nu poate însă conduce la o deturnare a scopului pentru care ea a fost permisă.

3. Delegarea legislativă „improprie”

Situațiile în care o prevedere legală conferă unui organ administrativ puterea de a reglementa în domenii care fac obiectul exclusiv al legii organice au fost supuse de-a lungul timpului analizei Curții Constituționale a României, ajungându-se la o concluzie firească: unica situație de delegare legislativă acceptată o constituie ordonanțele guvernului. Orice alt act normativ, chiar emis de Guvernul României, este neconstituțional în măsura în care tinde să altereze legea organică.

În acest sens, prin Decizia nr. 818/7 decembrie 2017²⁴, instanța de control constituțional a admis excepția de neconstituționalitate ridicată, constatând că dispozițiile art. 69 alin. (5) din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici sunt neconstituționale. Situația adusă în fața instanței viza transmiterea către puterea executivă a competenței exclusive²⁵ a legiuitorului organic de a reglementa în domenii ce țin de statutul funcționarilor publici. Textul a cărui constituționalitate se contesta permitea ca un aspect esențial al raporturilor de serviciu ale unui funcționar public să fie reglementat prin act administrativ, ce are caracter infralegal. Curtea a subliniat astfel că

„ ... delegarea atribuției de a stabili aceste norme către Guvern prin emiterea unor acte administrative cu caracter normativ, de rang infralegal, nu respectă exigențele principiului constituțional al

²⁴ Publicată în M. Of. nr. 311/10 aprilie 2018.

²⁵ Potrivit art. 61 din Constituția României: „(1) Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării [...]”.

securității juridice, în componenta sa referitoare la calitatea legii”. Aceasta a mai reținut și „o încălcare a dispozițiilor art. 1 alin. (4) din Constituție referitor la principiul separației și echilibrului puterilor în stat, prin delegarea unei atribuții ce aparține în exclusivitate legiuitorului către Guvern²⁶”.

O altă decizie de actualitate²⁷ stabilește neconstituționalitatea oricărei alte modalități de delegare legislativă în afara celei prevăzute de art. 115 din Constituție. În acest sens, în contextul instituirii stării de urgență pe teritoriul României, curtea a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor legale care au permis președintelui, prin decret (act administrativ normativ) să legifereze în perioada stării de urgență, afirmând că

„ ... dacă legiuitorul constituent ar fi considerat că prin decret, ca act administrativ normativ, Președintele, ca autoritate executivă, poate adopta norme cu putere de lege în perioada stării de urgență sau de asediu, ar fi prevăzut în mod expres această delegare legislativă, așa cum a reglementat prin art. 115 în cazul autorității executive a Guvernului (...) Continuitatea în plan legislativ a Parlamentului asigură luarea măsurilor excepționale impuse de situația de criză, în condițiile în care restrângerea drepturilor și a libertăților nu se poate realiza decât prin lege, astfel cum rezultă din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 53 și ale art. 115 alin. (6) din Constituție. Astfel, norma constituțională constituie o garanție împotriva eventualelor

²⁶ Printr-o recentă decizie pronunțată în data de 8 octombrie 2020, Curtea Constituțională a decis, cu unanimitate de voturi, că sunt neconstituționale dispozițiile articolului 79 alin. (5) din Legea privind Statutul funcționarilor publici. Este vorba despre prevederea potrivit căreia modul în care sunt constituite comisiile de disciplină este stabilit prin hotărâre de Guvern, la propunerea Agenției Naționale a Funcționarilor Publici. A se vedea CCR, dec.: 737/8-10-2020, publicată în M.of.: 1189/7 decembrie 2020.

²⁷ Decizia nr. 152/2020 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 9, art. 14 lit. c¹)-f) și ale art. 28 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/1999 privind regimul stării de asediu și regimul stării de urgență și a ordonanței de urgență, în ansamblul său, precum și a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 1/1999 privind regimul stării de asediu și regimul stării de urgență, în ansamblul său, publicată în M.of.: 387 din 13 mai 2020.

excese sau abuzuri ale autorităților publice executive, Parlamentul, ca organ reprezentativ suprem al poporului, acționând ca un garant al drepturilor și al libertăților cetățenilor. În al treilea rând, existența unei stări de asediu sau de urgență se încadrează per se în ipoteza de incidență a prevederilor art. 115 alin. (4) din Constituție, care permit Guvernului să adopte ordonanțe de urgență «numai în situații extraordinare». Așa fiind, inclusiv legiuitorul delegat are abilitarea constituțională să intervină cu celeritate și să modifice cadrul legislativ existent, adoptând măsurile normative pe care starea de fapt le impune. În concluzie, cadrul constituțional în vigoare delimitează în mod riguros competențele autorităților publice, respectiv partajarea atribuțiilor legislative de cele executive, excepția de la regulă fiind în mod expres reglementată și de strictă interpretare (...) Curtea constată că atribuția constituțională și legală privind instituirea stării de urgență poate fi exercitată de Președintele României doar în cadrul constituțional menționat și doar cu respectarea prevederilor legale la care Constituția face trimitere prin coroborarea art. 93 alin. (1) cu art. 73 alin. (3) lit. g), respectiv legea organică privind regimul stării de asediu și al stării de urgență.”

Așa cum în mod corect a statuat instanța de control constituțional în jurisprudența sa, singura excepție de la suveranitatea parlamentului în exercitarea puterii legislative este constituită de ordonanțele guvernului. Or, în măsura în care nici măcar autoritatea căreia îi este recunoscută delegarea legislativă prin Constituție nu poate reglementa peste lege prin acte administrative normative, cu atât mai mult apare ca neconstituțional transferul de competență legislativă în sarcina unui alt organ administrativ.

B. Delegarea legislativă și cariera magistraților

1. Incidența regulilor de contencios administrativ în ceea ce privește cariera magistraților

Așa cum am arătat, Consiliul Superior al Magistraturii este organul administrativ cu atribuții recunoscute de lege în materia carierei magistraților, având competența de a adopta acte administrative normative și de a reglementa proceduri specifice. În consecință, aplicabilitatea normelor de contencios administrativ în acest domeniu nu poate fi negată; prin urmare, potrivit regulii prevăzute de legea organică în materie de contencios administrativ, termenul de care administrația dispune pentru a răspunde cererii particularului este acela de 30 de zile.

O regulă nu exclude însă existența unor excepții. Tocmai de la această premisă pleacă instanța supremă în interpretarea pe care o dă speței, afirmând că legile organice în materia carierei magistraților (Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și al procurorilor și Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii) ar permite unui organ de natură administrativă să adopte hotărâri care instituie excepții de la regula prescrisă de Legea nr. 554/2004. Este invocat astfel transferul puterii de „legiferare”²⁸ în acest domeniu către CSM.

Or, dacă am accepta un astfel de raționament, am ajunge inevitabil să ne întrebăm dacă „delegarea” în cauză nu constituie o modalitate de a sustrage de la aplicarea legii organice materii care ar intra prin excelență în raza ei de

²⁸ A delega unui organ administrativ competența de a decide în materia carierei magistraților implică transmiterea chiar a puterii de legiferare.

aplicare și, totodată, o încălcare a principiilor separației puterilor în stat și securității raporturilor juridice.

2. Interdicția expresă de a adăuga la lege

Regulamentul de organizare și desfășurare a concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor constituie un act administrativ normativ, având o aplicabilitate generală, asupra unui număr nedeterminat de persoane, având ca obiect modificarea ordonanțării juridice generale²⁹. În măsura în care un astfel de act tinde să stabilească prin conținutul său norme de contencios administrativ, se impune analiza (în scopul soluționării) „conflictului de reglementări” în raport cu Legea nr. 554/2004.

Potrivit raționamentului instanței supreme în speța de față, chiar Legea contenciosului administrativ ar permite ca, prin legi speciale, să se deroge de la termenul general de 30 de zile. Totodată, înalta curte consideră că noțiunea de „legi speciale” folosită în cuprinsul Legii nr. 554/2004 nu ar trebui interpretată limitativ, ci ar cuprinde atât legile organice, cât și legile ordinare, dar și „legea în sens larg”, cum ar fi un act administrativ normativ. Aceasta adaugă și că Legea nr. 317/2004 a permis consiliului să adopte regulamente și hotărâri în materia promovării judecătorilor și procurorilor.

Însă, trebuie să ținem cont de faptul că un regulament adoptat prin Hotărâre a Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nu echivalează, ca forță juridică, cu o lege organică. Dacă un astfel de regulament tinde să reglementeze domenii care fac obiect exclusiv al legii organice acesta încalcă prevederile constituționale. Mai mult, chiar în măsura în care nu ar urmări să

²⁹ Ov. PODARU, *Drept administrativ. Vol. I – Actul administrativ, (I) Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 61.

legifereze în acest domeniu și ar adopta un act propriu, CSM oricum nu ar putea deroga de la legea organică. De vreme ce, așa cum am arătat, contenciosul administrativ - domeniu rezervat legilor organice - nu poate fi reglementat nici măcar prin legi ordinare, cu atât mai puțin un act administrativ normativ ar putea interveni și altera acest domeniu³⁰.

Totodată, interpretarea conformă legii fundamentale este aceea potrivit căreia noțiunea de „legi speciale” include strict legile organice, ordinare sau constituționale. Un raționament distinct – cum este cel motivat de înalta curte – încalcă prevederile constituționale, conducând la o inversare forțată a piramidei normelor juridice. Iar acceptarea unei asemenea interpretări nu ar face decât să pună la dispoziția CSM o modalitate de a ocoli dispozițiile instituite chiar prin legea organică prin care se reglementează organizarea acesteia, cu justificarea unei nelegale „delegări de putere legislativă”.

În ceea ce privește competența Consiliului Superior al Magistraturii de a adopta regulamente și hotărâri în materia promovării judecătorilor și procurorilor, chiar Legea nr. 317/2004 stabilește imperativ, în art. 38 alin. (7), că *„Plenul Consiliului nu va putea adopta Regulamente sau hotărâri prin care să adauge la dispozițiile cuprinse în legi, pe motiv că acestea ar fi neclare sau incomplete.”*

Or, în măsura în care acestui organ administrativ nu îi este permis să adauge la legile neclare sau incomplete, *a fortiori* nu este permis să facă acest lucru acolo unde legea este clară și completă, cum este și cazul în speța de față.

³⁰ Pentru o privire mai detaliată a poziției pe care actul administrativ normativ o ocupă în ierarhia normelor, a se vedea C-A. GHERGHINĂ, *Legalitatea actului administrativ normativ în statul de drept*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 28 și urm.

3. Mecanismul de apreciere, de către instanța de judecată, a legalității unui act administrativ normativ adoptat de CSM
- a) *Două modalități inadecvate: excepția de neconstituționalitate și excepția de nelegalitate*

Dezvoltând ideea potrivit căreia competența CSM în stabilirea procedurilor și a termenelor pentru promovarea în funcție a magistraților își are fundamentul în Legea nr. 371/2004, Înalta Curte afirmă în final că „*de altfel, în speță nu a fost invocată nicio excepție de neconstituționalitate sau nelegalitate cu privire la textele incidente*”. Or, dacă am analiza aceste soluții propuse, plecând de la ceea ce este evident – hotărârile Consiliului Superior al Magistraturii constituie acte administrative normative – nu putem decât să ne îndoim de eficacitatea soluțiilor sugerate de instanța supremă.

Astfel, pe de o parte, ridicarea excepției de neconstituționalitate nu era utilă în speța de față³¹, iar pe de altă parte, aceste hotărâri în materia carierei magistraților nu pot face obiectul unei excepții de neconstituționalitate, pentru că în acest caz instanța de contencios constituțional este chemată să verifice *ex post* compatibilitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei/unor dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță, cu prevederile și principiile de

³¹ Nu numai că ridicarea excepției de neconstituționalitate se dovedește inutilă, dar mai mult, această soluție pusă la dispoziție de instanța supremă nu este efectivă, în speță petentul neavând motive pentru a se folosi de ea, având în vedere că textul potențial vătămător se regăsește într-un act administrativ normativ. În mod cert excepția de neconstituționalitate putea fi ridicată cu privire la legea organică ce permite CSM adoptarea unor Regulamente care intră în conflict cu alte legi organice, însă într-o speță precum cea de față ar fi putut exista riscul ca particularul să își creeze o situație chiar mai rea, putând pierde chiar șansa de a promova, de vreme ce inclusiv vocația sa de a ocupa postul în cauză, strâns legată de termenul de 3 luni, era reglementată prin același regulament.

ordin constituțional. Or, nu poate fi pus semnul egalității între un act administrativ normativ și o lege sau ordonanță.

Pe de altă parte, hotărârile Consiliului Superior al Magistraturii nu pot face nici obiectul excepției de nelegalitate, căci, potrivit art. 4 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, mecanismul acestei excepții vizează să verifice exclusiv „*legalitatea unui act administrativ unilateral cu caracter individual*”.

b) O propunere îndrăzneță: înlăturarea normei cu forță juridică inferioară

În măsura existenței unei situații în care un act administrativ normativ ar tinde să devină un instrument de reglementare în domeniul contenciosului administrativ, intrând în conflict cu legea organică, trebuie să se dea prevalență normei cu forță juridică superioară.

Aplicarea exclusivă a Legii nr. 554/2004 în raport cu un act administrativ normativ care tinde prin conținut la reglementarea contenciosului administrativ este susținută și de principiul ierarhiei normelor juridice. Este unanim acceptat că, în cadrul „blocului de legalitate”, locul imediat inferior Constituției îl ocupă *legile*, în sens de acte de reglementare primară având ca emitent parlamentul. Actele administrative normative au în schimb caracter infralegal, Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative³² prevăzând în art. 4 alin. (3) că „*actele normative date în executarea legilor, ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele și potrivit normelor care le ordonă.*”

³² Publicată în M.of: 260/21 aprilie 2010.

Totodată, este important de subliniat că recunoașterea poziției superioare pe care legea o ocupă în ierarhia normelor se impune și celor desemnați să o aplice situațiilor conflictuale concrete, în conformitate cu art. 124 alin. (3) din Constituție, potrivit căruia „*Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.*”

Principiul arătat se impune cu și mai multă putere în situații precum cea din speță, când un regulament – act administrativ normativ – aduce atingere drepturilor particularilor. În această privință, doctrina a statuat în sensul inaplicabilității unui act administrativ normativ în ipoteza în care acesta ar fi mai puțin favorabil decât legea pe care o aplică, pentru că acesta instituie, în esență, o limitare, o condiționare³³.

Așadar, având în față un act administrativ normativ și o lege, ambele instituind proceduri clare, judecătorul nu poate ignora legea dând prevalență unui act administrativ normativ ce instituie limitări (căruia, astfel, i s-ar „supune”). Numai aplicând cu prioritate legea acesta poate asigura respectarea principiului ierarhiei normelor juridice³⁴.

³³ Ov. PODARU, *Drept administrativ. Vol. I – Actul administrativ...*, op.cit., p. 227.

³⁴ În acest sens se pronunță și doctrina, statuând că „instanțelor de judecată ar trebui să li se recunoască prerogativa de a face aplicarea principiului ierarhiei forței juridice a actelor normative și de a înlătura din proces normele administrative contrare unor dispoziții cu forță juridică superioară, chiar în lipsa unei acțiuni directe în anulare îndreptate împotriva actului administrativ normativ respectiv”. Se recunoaște în acest fel o reală „putere” a instanței de a aplica cu prioritate legea, chiar și în ipoteza în care particularul nu a solicitat anularea actului administrativ care încalcă această lege; a se vedea G. BOGASIU, *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată: cuprinde legislație, jurisprudență și doctrină*, ed. a 4-a, rev., Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 176. Aceeași prioritate a legii în raport de actele administrative normative este subliniată și de alți autori. Cu referire la art. 4 din Ordonanța Guvernului 2/2001 care prevede în art. (1), (2) termenul pentru intrarea în vigoare a dispozițiilor din acte normative prin care se stabilesc și se sancționează contravențiile (regula de 30 de zile și excepția de 10 zile), s-a afirmat în doctrină faptul că aceste termene se aplică

În concluzie, observăm că problema conflictului act administrativ normativ – lege organică (admițând că în speță ar exista un asemenea *conflict*) a fost tranșată de către instanța supremă într-o manieră cel puțin criticabilă. Astfel, pe de o parte, modalitatea de apreciere a legalității actului administrativ sugerată petentului se dovedește inadecvată. Pe de alta, așa cum am arătat, faptul că Înalta Curte dă prevalență actului cu caracter infralegal în ipoteza unei contradicții între acesta și legea organică ridică serioase probleme privind respectarea principiului constituțional al ierarhiei normelor juridice și conduce practic la o inversare a acestei ierarhii.

numai actelor administrative normative. Aceasta deoarece ordonanța are forța juridică a unei legi ordinare; „în consecință dacă o altă ordonanță sau o lege ar stabili un termen mai scurt, el s-ar aplica în mod evident”. Aceeași autori arată că „nu ar fi însă o surpriză ca, la cererea celui interesat, Curtea Constituțională să declare un termen mai scurt de 30/10 zile ca fiind neconstituțional, raportat la prevederile art. 1 alin. (5) din Legea fundamentală (principiul respectării legilor), pentru același raționament pentru care, într-o vastă jurisprudență, Curtea a declarat neconstituționale toate reglementările «speciale» care «deroga» de la (mai exact nu respectau) prevederile generale ale Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative”. Se subliniază totodată că „(...) raportat la art. 1 alin. (5) din Constituție(...) stabilirea termenului minim în care un act de reglementare contravențională intră în vigoare este de competența legiuitorului, și nu a administrației publice. Prin urmare, atunci când un organ administrativ ar stabili el însuși un termen mai scurt decât cel legal, ar încălca prevederea constituțională amintită. Pe de altă parte, atunci când judecătorul, făcând parte din cea de-a treia putere în stat, aceea neimplicată în «conflict», trebuie să tranșeze lucrurile, el are de partea sa prevederile art. 124 alin. (3) din Constituție potrivit cărora «Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii». Prin urmare, atunci când judecătorul sesizat cu plângere contravențională este pus în situația delicată de a alege între două texte normative suficient de clare încât să pară că ambele dobândesc aplicabilitate, dintre care unul are forța juridică a legii, iar celălalt este act administrativ, unul și același text constituțional îi permite (și, totodată, îl obligă) să dea prevalență textului de lege (...)”; a se vedea O. PODARU, R. CHIRIȚĂ, I. PĂSCULEȚ, *Regimul juridic al contravențiilor*; O.G. nr. 2/2001 comentată, ed. a 4-a, Ed. Hamangiu, București, 2019, p. 66 și urm.

II. Natura termenului de 90 de zile de valorificare a rezultatelor concursului

Așadar, art. 30 alin. (1) din Regulamentul Consiliului Superior al Magistraturii³⁵ stabilește un termen de 90 de zile în care cel care a fost declarat admis, fără însă a ocupa un loc dintre cele pentru care a concurat, trebuie să își valorifice rezultatele concursului. Făcând abstracție de problemele privind legalitatea unui asemenea regulament, trebuie să analizăm care sunt raporturile dintre acest termen și cele reglementate de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ. Tocmai de aceea, vom trata mai întâi problema abstractă a termenelor în general (I), urmând să ne îndreptăm atenția spre problema termenului de 90 de zile prevăzut în Regulamentul amintit (II).

A. Despre termene în general și posibilele lor clasificări

1. Drepturile subiective și termenele care le afectează existența sau, după caz, eficacitatea

Un drept subiectiv este indisolubil legat de perioada sa limitată de manifestare, sau, din contră de imprescriptibilitatea sa. Fiecărei categorii de drepturi îi poate fi asociată, totodată, o modalitate specifică de stingere.

³⁵ Acest Regulament a fost aprobat prin Hotărârea nr. 621/2006 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și desfășurarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor, publicată în M.of.: 825/6 octombrie 2006, fiind modificat prin Hotărârea nr. 799/2012 pentru modificarea Regulamentului privind organizarea și desfășurarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor, aprobat prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 621/2006, publicată în M.of.: 698/11 octombrie 2012.

a) *Drepturile reale și uzucapiunea*

Drepturile reale – *ius in re* – sunt definite ca fiind acele drepturi subiective patrimoniale în temeiul cărora titularul lor poate să exercite anumite puteri, prerogative asupra unui bun determinat, în mod direct și nemijlocit, fără intervenția altei persoane³⁶.

Referitor la durata acestor drepturi, doctrina s-a pronunțat în sensul că singurul drept real perpetuu este dreptul de proprietate³⁷. Durata celorlalte drepturi reale principale este legată fie de durata dreptului de proprietate, fie de persoana titularului lor (uzufructul, uzul și abitația sunt viagere când titularul lor este o persoană fizică sau au o durată limitată în timp la cel mult 30 de ani când titularul lor este o persoană juridică). Durata drepturilor reale accesorii este însă legată de durata drepturilor de creanță pe care le garantează³⁸.

Regula în materia drepturilor reale o constituie caracterul perpetuu, imposibilitatea stingerii lor prin neuz³⁹. În acest sens, art. 562 C.civ prevede

³⁶ C. BÎRSAN, *Drept civil: drepturi reale principale*, ed. a 3 –a, rev., Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 23.

³⁷ S-a remarcat însă că există și cazuri de excepție când proprietatea are un caracter temporar, cum este de pildă, dreptul de proprietate asupra creației intelectuale, a se vedea I. SFERDIAN, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 85. În acest caz, dreptul de proprietate are o durată limitată în timp, fiind afectat de un termen extintiv. Menționăm însă că dreptul de proprietate intelectuală are o semnificație distinctă de dreptul real de proprietate.

³⁸ V. STOICA, *Drept civil: drepturi reale principale*, ed. a 3-a, Ed. C.H.Beck, București, 2017, p.35. Autorul arată că această durată mai mare a drepturilor reale principale în comparație cu drepturile de creanță este legată și de ideea de posesie, atât ca element de drept, cât și ca stare de fapt. Astfel, „*drepturile de creanță nu au atributul posesiei și, cu excepția celor care se încorporează în substanța titlului, nu sunt susceptibile de a fi posedate*”.

³⁹ Precizăm însă că există situații în care neuzul constituie chiar o modalitate de stingere a dreptului real. Astfel, în materia dezmembrămintelor dreptului de proprietate privată, dreptul de uzufruct se stinge prin neuzul timp de 10 ani sau timp de 2 ani dacă este vorba de uzufructul

că „(1) Dreptul de proprietate privată se stinge prin pieirea bunului, dar nu se stinge prin neuz. El poate fi dobândit de altul prin uzucapiune sau într-un alt mod, în cazurile și condițiile determinate de lege. (2) Proprietarul poate abandona bunul său mobil sau poate renunța, prin declarație autentică, la dreptul de proprietate asupra bunului imobil, înscris în cartea funciară (...)”. Existența dreptului real nu este condiționată de exercitarea neîntreruptă a acestuia.

Totuși, chiar și în materia drepturilor reale există situații în care pasivitatea titularului dreptului este învinsă și asistăm la o limitare a perpetuității sale. Instituția **uzucapiunii** (prescripția achizitivă) este introdusă tocmai pentru a sancționa fostul proprietar neglijent, care prin pasivitate și dezinteres a abandonat bunul său în mâna altei persoane care s-a comportat public ca titular al dreptului de proprietate⁴⁰. Atât în materie imobiliară⁴¹, cât și în materie mobilă⁴², uzucapiunea constituie unul dintre cele mai importante efecte ale posesiei când aceasta se prelungește în timp și

unei creanțe, în conformitate cu art. 746 alin. (1) lit. e) C.civ. Și în materia dreptului de servitute se prevede stingerea acestuia prin neuzul timp de 10 ani, potrivit art. 770 alin. (1) lit. f) C.civ.

⁴⁰ I. SFERDIAN, op.cit., p. 411.

⁴¹ Uzucapiunea imobiliară reunește două ipoteze de dobândire a proprietății ca efect al posesiei. Prima este uzucapiunea extratabulară, reglementată de art. 930 C.civ, ce presupune alături de condiția unei posesii timp de 10 ani și alte condiții alternative – cerința ca proprietarul înscris în cartea funciară să fi decedat sau, după caz, să își fi încetat existența, cerința ca în cartea funciară să fi fost înscrisă o declarație de renunțare la proprietate sau ca imobilul să nu fi fost înscris în nicio carte funciară – și, în plus, cerința înregistrării cererii de înscriere înainte ca o altă persoană să își înscrie în mod legitim propriul drept. A doua ipoteză de uzucapiune imobiliară este cea tabulară, situație în care persoana care invocă prescripția achizitivă a fost înscrisă cu bună-credință în cartea funciară și a posedat bunul timp de 5 ani după momentul înregistrării cererii de înscriere.

⁴² Uzucapiunea mobilă implică, potrivit art. 939 C.civ., exercitarea posesiei pentru o perioadă de 10 ani și neîndeplinirea condițiilor pentru a opera dobândirea proprietății mobiliare prin posesia de bună-credință.

totodată, conduce practic la o diminuare a caracterului perpetuu de care se bucură drepturile reale⁴³.

Durata îndelungată de existență a drepturilor reale sau chiar perpetuitatea acestora are implicații și în planul termenelor de prescripție, drepturile reale fiind fie imprescriptibile (dreptul de proprietate), fie prescriptibile în termene mai lungi, regula fiind instituită de norma regăsită la art. 2518 alin. (2) C.civ.

b) Drepturile de creanță. Prescripția extinctivă

Drepturile de creanță – *ius ad personam* – au fost consacrate ca fiind drepturile patrimoniale în temeiul căruia subiectul activ, denumit creditor, poate pretinde subiectului pasiv, denumit debitor, să dea, să facă sau să nu facă o anumită prestație la care acesta din urmă ar fi fost îndreptățit în lipsa angajamentului juridic⁴⁴.

Drepturile de creanță se sting prin îndeplinirea creanței, concomitent cu stingerea obligației corelative acestei creanțe. Constituind elemente ale raportului obligațional⁴⁵, acestea au o durată mai scurtă decât drepturile reale principale, consecință firească a naturii lor personale.

⁴³ În ceea ce privește însă proprietatea publică, doctrina a subliniat faptul că imprescriptibilitatea are valoare constituțională, ca o consecință directă a inalienabilității, prevăzută expres la art. 136 alin. (4) din Constituție. Astfel, „din faptul imprescriptibilității și inalienabilității domeniului public rezultă în mod imperativ concluzia că nicio posesie utilă nu poate fi opusă de către particular liberei dispoziții pe care autoritatea domeniială o exercită asupra unui element al acestui domeniu”, a se vedea Ov. PODARU, *Drept administrativ*. Vol. II. *Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 74.

⁴⁴ V. STOICA, op.cit., p. 31; în același sens, a se vedea G. BOROI, C.A. ANGHELESCU, *Curs de drept civil: partea generală*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 58.

⁴⁵ Termenul de *raport obligațional* evocă natura relațională a oricărei datorii sau creanțe; în acest sens, a se vedea P. VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 2.

Tot prin comparație cu drepturile reale principale, drepturile de creanță sunt, ca regulă, prescriptibile. Instituția prescripției⁴⁶ nu afectează însă existența dreptului subiectiv în sine, ci mai degrabă eficacitatea acestuia și posibilitatea de valorificare a sa în fața instanței de judecată. În acest sens, în doctrină a fost stabilită distincția drept subiectiv civil – drept material la acțiune corelativ dreptului subiectiv civil, concluzia fiind aceea că ceea ce se stinge prin prescripție este doar dreptul material la acțiune⁴⁷, și nu dreptul

Același autor descrie obligația civilă ca fiind simultan un drept și o datorie, fiecare dintre aceștia având titulari distincți: subiecții raportului de obligație. Autorul analizează însă caracterul redundant și originea ideologică a conceptului de „raport juridic” în dreptul român în: Paul VASILESCU, *Raportul de drept civil – mostră de nostalgie ideologică analitică*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia* nr. 1/2020, p. 5-29. [https://doi.org/10.24193/SUBBiur.65\(2020\).1.1](https://doi.org/10.24193/SUBBiur.65(2020).1.1).

⁴⁶ Pentru a interveni prescripția extinctivă este necesară simpla inacțiune a titularului dreptului, într-un interval de timp suficient de lung care să justifice exonerarea de răspundere a subiectului pasiv al raportului obligațional. A se vedea M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 15.

⁴⁷ Cu referire la dreptul la acțiune, în doctrină s-a afirmat că acesta „este un drept subiectiv autonom, un drept fundamental procesual-civil, care, în pofida împrumutării caracteristicilor dreptului subiectiv substanțial, nu-și pierde astfel individualitatea proprie (...)”; a se vedea I. DELEANU, *Observații cu privire la criteriul valoric de determinare a competenței de atribuțiune a instanțelor judecătorești în cazul unor categorii de acțiuni*, în RRDP nr. 6/2008, p. 61 *apud* M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă...*, op.cit., p. 194. Alți autori au susținut teza dualistă în privința dreptului la acțiune, făcând distincția drept material la acțiune – drept procesual la acțiune și subliniind că ceea ce se stinge în urma prescripției este doar dreptul material la acțiune; a se vedea M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă...*, op.cit., p. 197. Ideea este susținută și la nivel legislativ, art. 2500 alin. (1) C.civ. prevăzând expres această consecință a intervenirii prescripției extinctive. Dreptul procesual la acțiune a fost înțeles ca fiind dreptul de a accede liber la justiție, constând în facultatea sau posibilitatea acesteia de a sesiza instanța și de a pretinde judecătorului de a se pronunța asupra cererii sale, fără însă de a o și rezolva favorabil, chestiune care ține de fondul dreptului; a se vedea T. DRĂGANU, *Considerații critice cu privire la caracterul absolut atribuit dreptului la liber acces la justiție de Legea de revizuire a Constituției din 21 noiembrie 2003*, în PR nr. 4/2004, VI, p. 117, *apud* M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă...*, op.cit., p. 200.

subiectiv⁴⁸. Urmare a intervenirii prescripției, acest drept este însă privat de mijlocul său de ocrotire, devenind un drept imperfect. Una dintre consecințele supraviețuirii dreptului subiectiv civil și a obligației corelative acestuia o reprezintă, așa cum prevede art. 2506 alin. (2) C.civ, faptul că „după împlinirea termenului de prescripție, cel obligat poate să refuze executarea prestațiilor”. Mai mult, faptul că cel care a executat de bunăvoie obligația după ce termenul de prescripție s-a împlinit nu are dreptul să ceară restituirea prestației este o altă consecință ce decurge în mod nemijlocit din supraviețuirea dreptului subiectiv.

Astfel, chiar existând instituția prescripției, observăm că ea nu este de natură să afecteze dreptul de creanță în substanța sa, lipsindu-l doar de o protecție efectivă pe cale de acțiune.

c) Drepturile potestative. Termenul extinctiv. Decăderea substanțială

Drepturile potestative presupun exercițiul direct al unor prerogative asupra unei situații juridice. Așa cum s-a remarcat⁴⁹, „obiectul dreptului potestativ nu este un bun, ca în cazul drepturilor reale, nu este nici o prestație a debitorului, ca în cazul drepturilor de creanță, ci este situația juridică, un complex de drepturi și obligații, care aparțin uneia sau mai multor persoane care vor fi influențate în mod direct de modul în care titularul dreptului potestativ își exercită acest drept”. Încercându-se realizarea unei clasificări a acestor drepturi după efectele juridice produse, s-au conturat trei posibile drepturi potestative: drepturile potestative constitutive – cele prin a căror

⁴⁸ Ș. DIACONESCU, I. REGHINI, P. VASILESCU, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 703.

⁴⁹ I. SFERDIAN, op.cit., p. 90.

exercitare ia naștere un nou drept în patrimoniul titularului⁵⁰, drepturile potestative modificatoare – prin care se schimbă o situație juridică⁵¹ și drepturile potestative extinctive, care fie pun capăt unei situații juridice pentru viitor, fie desființează retroactiv o anumită situație juridică.

Drepturile potestative **constitutive** prezintă însemnătate în prezentul demers tocmai pentru că implică succesiunea temporală „vocație – drept subiectiv”. Odată manifestată voința titularului, are loc o transformare a vocației în drept, susceptibil la rândul său de a fi supus unor termene de decădere substanțială.

Aceste drepturi, marcând puterea titularului lor de a influența o situație juridică preexistentă, sunt, ca regulă, imprescriptibile. Pentru a nu fi periclitată securitatea raporturilor juridice, ele pot fi afectate în cazuri anume prevăzute de lege de termene de decădere, în interiorul cărora acestea trebuie exercitate⁵². În măsura neexercitării lor în termenul instituit în mod imperativ, ele se sting, ca efect al decăderii substanțiale.

Acest tip de decădere este incident numai dacă putem identifica un drept subiectiv care mai înainte, sau chiar independent de declanșarea oricărei proceduri (pre)judiciare este afectat în chiar ființa sa, un drept

⁵⁰ Exemplele oferite în doctrină au fost dreptul de a dobândi coproprietatea asupra zidului comun, dreptul de a stabili servituți, dreptul de a accepta sau nu o succesiune, dreptul convențional de preferință, etc., a se vedea I. SFERDIAN, op.cit., p. 92.

⁵¹ Precum ar fi dreptul de grănițuire, dreptul de a cere reducțiunea donațiilor.

⁵² Un exemplu în acest sens îl constituie dreptul de opțiune succesorală, care, potrivit art. 1103 alin. (1) C.civ. trebuie exercitat înăuntrul unui termen de 1 an, calculat de la diferite momente. Referitor la natura sa juridică, neprecizată expres în textul legal, în doctrină s-a ajuns la concluzia că acesta este un termen de decădere, principalul argument fiind acela că este vorba despre un drept de opțiune, care, fiind unul potestativ, nu privește un drept material la acțiune care s-ar pierde prin neexercitarea lui. Pentru detalii, a se vedea D. CHIRICĂ, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 472.

subiectiv care preexistă oricărui litigiu, care are însă potențialitatea de a fi valorificat pe calea justiției. Spre deosebire de prescripție, această instituție nu determină stingerea doar a dreptului material la acțiune, ci chiar a dreptului subiectiv.

Decăderea substanțială afectează acele drepturi ce există în afara oricărei proceduri, izolate de iminența unui parcurs litigios. Așa cum a statuat doctrina⁵³ exercițiul dreptului subiectiv nu presupune în mod necesar introducerea unei acțiuni în justiție, „*voința titularului în acest sens fiind în primul rând extraprocesuală*” (și numai în mod excepțional dreptul subiectiv este apărât pe cale judiciară).

În doctrina noastră⁵⁴, printre exemplele scutite de orice controverse ale unor termene de decădere substanțială ar fi următoarele: termenul de un an pentru revocarea donației pentru ingratitude⁵⁵, termenul de o lună pentru oferta de purgă a imobilului grevat de sarcini reale (art. 1804 C.civ. 1864), termenul de 60 de zile pentru exercitarea de către fostul proprietar a dreptului prioritar la dobândirea imobilului expropriat (art. 37 din Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică⁵⁶). În fiecare dintre aceste situații, manifestarea de voință se realizează, în principiu, extrajudiciar, printr-o cerere sau notificare.

⁵³ Ov. PODARU, *Despre prescripție și pseudo-prescripție în contenciosul administrativ*, în *Curierul Juridic* nr. 1 /2014, p. 31.

⁵⁴ M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă...*, *op.cit.*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, nr. 37.

⁵⁵ În acest sens, a se vedea Fr. DEAK, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, ed. a III-a, actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 166.

⁵⁶ Publicată în M.of.: 139/2 iunie 1994, republicată în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.of.: 409/10 iunie 2011.

Trebuie remarcat că, în ceea ce privește exercițiul drepturilor subiective civile există și alte mecanisme de natură să instituie limitări în timp. În acest sens, exercițiul unui drept subiectiv civil poate fi afectat și de termene extinctive. Termenul extintiv, utilizat în *clasificările actelor juridice civile*, amână, până la împlinirea lui, stingerea exercițiului dreptului subiectiv civil și executării obligației corelative⁵⁷. Domeniul său de aplicare a fost restrâns în doctrină⁵⁸ la contractele cu executare succesivă, împlinirea lui marcând stingerea pe viitor a efectelor unui asemenea act civil.

2. Actele de procedură și termenele în care trebuie îndeplinite acestea

Analiza termenelor în general nu poate fi redusă la planul dreptului substanțial, căci și actele procedurale realizate în vederea valorificării dreptului subiectiv sunt condiționate de exercițiul lor într-un anumit termen.

a) *Termenele procedurale peremptorii și dilatorii*

Timpul în care se derulează procesul civil este guvernat de termenele de procedură, termene supuse unor reguli stricte, cunoașterea sau, după caz, necunoașterea acestora fiind de natură să decidă soarta întregului proces⁵⁹. În acest sens, art. 180 alin. (1) C.proc.civ. prevede că „*Termenele procedurale sunt stabilite de lege ori de instanță și reprezintă intervalul de timp în care poate fi îndeplinit un act de procedură sau în care este interzis să se îndeplinească un act de procedură*”, continuând în alin. (2) – „*În cazurile*

⁵⁷ M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă...*, op.cit., p. 151.

⁵⁸ Ș. DIACONESCU, I. REGHINI, P. VASILESCU, op.cit., p. 566.

⁵⁹ J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4^e ed., Montchrestien, Lextenso editions, Paris, 2010, p. 185 *apud* P. PAUL, *Despre termenele procedurale în noul Cod de procedură civilă*, în RRDP, nr. 1/2015, <https://sintact.ro/#/publication/151010054>, consultat în data de 1.11.2020.

prevăzute de lege, termenul este reprezentat de data la care se îndeplinește un anumit act de procedură”. Definiția legală a termenelor procedurale surprinde principala clasificare a acestora, în funcție de caracterul lor – termene peremptorii și termene dilatorii.

Termenele peremptorii (imperative) sunt cele înăuntrul cărora trebuie efectuat un act de procedură⁶⁰, iar nerespectarea acestora atrage sancțiunea specifică a decăderii procedurale. Ele instituie astfel limitări temporale ce îndeamnă la o acțiune, la ieșirea din pasivitate.

În schimb, **termenele dilatorii (prohibitive)** sunt cele înăuntrul cărora legea interzice să se efectueze actul de procedură⁶¹. Actul de procedură îndeplinit înaintea împlinirii termenului prohibitiv este considerat prematur, sancțiunea fiind nulitatea relativă⁶².

Astfel, ceea ce diferențiază în mod esențial cele două categorii de termene procedurale este tocmai conduita pretinsă în acest interval de timp: aceea de a acționa, în primul caz respectiv, aceea de a rămâne în așteptare, în cea de-a doua situație⁶³.

⁶⁰ Un exemplu ar fi termenul pentru declararea apelului sau a recursului – art. 468 alin. (1) și art. 485 alin. (1) C.proc.civ.

⁶¹ Astfel de termene prohibitive sunt termenul de o zi prevăzut de art. 732 alin. (1) C.proc.civ. privind aplicarea sechestrului asupra bunurilor debitorului, termenul de 15 zile prevăzut de art. 753 alin. (1) C.proc.civ. referitor la valorificarea bunurilor sechestrate.

⁶² P. PAUL, *Despre termenele procedurale în noul Cod de procedură civilă*, în RRDP nr. 1/2015, <https://sintact.ro/#/publication/151010054>, consultat în data de 1.11.2020. Art. 185 alin. (2) C.proc.civ. sugerează această sancțiune specifică, prevăzând că „în cazul în care legea oprește îndeplinirea unui act de procedură înăuntrul unui termen, actul făcut înaintea împlinirii termenului poate fi anulat la cererea celui interesat”.

⁶³ Referitor la sancțiunea nerespectării acestor termene, un autor se exprima în sensul că „Categoriile-pereche din spațiul temporal al actelor de procedură sunt așadar: tardivitate - nulitate, prematuritate - anulabilitate. În prima situație, actul nu mai poate fi refăcut; în cea de-a doua situație, actul poate fi refăcut. Altfel spus, tardivitatea nu este, în principiu,

Totodată, trebuie observat că raportul juridic concret este caracterizat de succesiunea „acțiune – inacțiune” iar clasificarea „*termene imperative – termene prohibitive*” este aplicabilă în ceea ce îi privește pe toți participanții la acest raport. Așadar, un termen imperativ în care unul dintre participanți este obligat să acționeze constituie, în același timp, un termen prohibitiv în care celeilalte părți îi este impusă pasivitatea. Ca o consecință firească, unul și același termen nu poate fi pentru o singură parte în același timp imperativ și prohibitiv.

b) Decăderea procedurală – sancțiunea nerespectării termenului peremptoriu

Decăderea procedurală intervine ori de câte ori este încălcat un termen procedural peremptoriu și absolut prin neefectuarea în interiorul acestuia a unui act de procedură. În această ipoteză, ceea ce se stinge este un drept procedural, ceea ce înseamnă că o procedură judiciară (de natură civilă) fie s-a declanșat, fie este pe cale să o facă⁶⁴. În doctrină au fost remarcate funcțiile importante ale acestei sancțiuni, destinate să asigure celeritatea procesului civil, – funcția preventivă (părțile fiind avertizate asupra consecințelor la care se expun în cazul nerespectării termenelor imperative) și funcția sancționatorie (cel ce nu și-a exercitat dreptul procedural în termenul fixat de

remediabilă; prematuritatea este, în principiu, remediabilă”, a se vedea I. DELEANU, *Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole. Vol I (Art. 1-621)*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 289.

⁶⁴ În acest sens, art. 185 alin. (1) C.proc.civ. dispune că, „atunci când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate.”.

lege sau de instanță pierde acest drept)⁶⁵. Așa cum a remarcat doctrina, „termenul și decăderea procesuală sunt două concepte corelative: una fără cealaltă nu ar avea rațiune⁶⁶”.

Instituția decăderii în plan procesual trebuie diferențiată de cea a decăderii de drept substanțial. Aceasta pentru că, în ceea ce privește pierderea dreptului sau privarea de un drept, decăderea procedurală vizează întotdeauna un anumit drept procesual, niciodată dreptul subiectiv substanțial. Mai mult, în acest caz poate fi vorba „numai despre un drept determinat, recunoscut părții, nu de prerogative recunoscute instanței sau organelor de executare de a îndeplini anumite acte⁶⁷”.

c) Termenul prefix și natura sa controversată

Înțeles inițial ca sinonim pentru termenul de decădere sau forcluziune, termenul prefix nu a fost consacrat autonom în dreptul pozitiv. În doctrină însă acesta a fost definit ca fiind „acel termen al cărui final este cunoscut dinainte cu exactitate, pentru că nu este susceptibil de niciun incident (suspendare, întrerupere, repunere în termen)⁶⁸”. Același autor subliniază că, distinct față de prescripție sau decădere (fie ea substanțială sau procedurală), termenul prefix (dinainte stabilit), nu urmărește decât asigurarea supremației principiului securității raporturilor juridice.

Pentru a înțelege mai bine natura unui termen prefix, un exemplu ar fi acela al termenelor de sesizare a viciilor ascunse (termene de garanție),

⁶⁵ G. BOROI, M. STANCU, *Drept procesual civil*, ed. a 5-a, rev. și adăug., Ed. Hamangiu, București, 2020, p. 387.

⁶⁶ I. DELEANU, op.cit., p. 289.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Ov. PODARU, *Despre prescripție ...*, op.cit., p.32.

termene obiective în care trebuie să fie relevat un fapt juridic. În cazul viciilor ascunse, aceste termene au semnificația unui moment obiectiv al începutului prescripției, aplicabil în cazurile în care descoperirea viciilor ascunse nu s-a făcut anterior împlinirii lor. Dacă viciile nu au apărut înăuntrul termenului de garanție, atunci nu mai există dreptul de a solicita garanția pentru vicii, deoarece aceasta operează doar pe durata termenului de garanție. Viciile trebuie doar să se ivească înăuntrul acestor perioade de timp, nu și să fie descoperite⁶⁹. Termenele de garanție, din momentul împlinirii lor, sunt „în favoarea” celui chemat să garanteze⁷⁰.

Natura acestui termen prefix este una controversată și în dreptul francez, încercarea de definire a acestuia realizându-se doar tangențial, în trasarea liniei de demarcație între alte două instituții – prescripția și decăderea. În acest sens, după unii autori⁷¹, termenele prefixe sunt, de regulă, termene scurte stabilite pentru a acționa în justiție, ca o condiție pusă de legiuitor pentru îndeplinirea unui act determinat, în general pentru exercitarea unei facultăți și au ca scop, nu de a sancționa neglijența celui interesat, ci de a pune capăt, în mod rapid și în orice stare a cauzei, a posibilității de a îndeplini un act.

⁶⁹ Ș. DIACONESCU, I. REGHINI, P. VASILESCU ..., op.cit., p. 731.

⁷⁰ Astfel, dacă înăuntrul termenului legal sau convențional de garanție, partea a descoperit viciul ascuns, atunci de la momentul descoperirii începe să curgă termenul de prescripție extinctivă; dacă însă partea nu a descoperit viciul ascuns înăuntrul termenului de garanție, deși acesta se ivise, atunci la expirarea termenului de garanție începe să curgă automat termenul de prescripție extinctivă.

⁷¹ M. PLANIOL, G. RIPERT, J. RADOUANT, *Traité pratique de droit civil français*, VII. - *Deuxième partie Obligations*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 738., *apud* M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă* ..., op.cit., p. 144.

O reconsiderare la nivel conceptual a acestui termen credem că se impune pe viitor, indiferent dacă în interiorul acestuia trebuie să fie îndeplinit un act juridic sau, pur și simplu, să se întâmple un fapt juridic obiectiv.

B. Despre termenul de 90 de zile și corelarea lui cu termenele reglementate de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ

În materia carierei magistraților, Regulamentul CSM prevede un termen de 90 de zile în care candidatul care nu a reușit să ocupe locul pentru care a concurat și se recunoaște vocația de a promova în funcție în măsura în care îndeplinește anumite criterii și sub condiția suspensivă a ivirii în acest termen a unui loc vacant la instanța vizată. Plecând de la logica termenelor în contenciosul administrativ, trebuie să stabilim dacă termenul *intrus*, cel de 90 de zile, poate coabita sau nu cu aceste termene „*gazdă*” și, în cazul unui răspuns afirmativ, care este relația concretă dintre ele.

1. Logica termenelor în contenciosul administrativ în situația refuzului nejustificat de soluționare a unei cereri⁷²

Procedura refuzului nejustificat de a soluționa o cerere este construită în jurul a trei momente temporale distincte: trei acte de procedură necesar a fi realizate în interiorul unor termene reglementate în acest scop. Astfel, actul declanșator al mecanismelor contenciosului administrativ este cel al *formulării unei cereri* către administrație. Așa cum vom arăta, nu există un termen general care să îl limiteze temporal, putând fi identificate însă unele termene speciale (1). Odată formulată cererea, urmează *răspunsul administrației*, formulat în cele 30 de zile puse la dispoziția administrației pentru aceasta. În intervalul de 30 de zile, particularului îi este prohibit orice demers juridic (2). Ultimul moment în logica contenciosului administrativ este cel al *introducerii acțiunii* în contencios administrativ – posibilitate

⁷² În situația în care atacă un *act administrativ individual* nelegal, particularul are, pentru început, un termen de 30 de zile pentru a formula plângerea administrativă prealabilă [așa cum prevede art. 7 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ], doctrina pronunțându-se asupra naturii sale de termen de decădere procedural (a se vedea Ov. PODARU, *Despre prescripție ...*, op.cit., p. 35; I. RĂCIU, *Procedura contenciosului administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, nr. 224). Ulterior, administrația are la dispoziție 30 de zile pentru a răspunde acestei plângeri [prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ]. În fine, de la data comunicării răspunsului administrației sau, în lipsă, de la expirarea celor 30 de zile, particularul are 6 luni pentru introducerea acțiunii în justiție - cum prevede și art. 11 alin. (1) din lege, termen calificat expres de legiuitor ca fiind unul de prescripție. Cele trei termene care circumscriu momentele contenciosului administrativ nu sunt însă adiționate matematic. Astfel, odată formulată plângerea prealabilă, automat primul termen de 30 de zile se întrerupe și începe să curgă următorul termen pentru răspunsul administrației. La fel, răspunsul administrației declanșează termenul de 6 luni pentru acțiunea în justiție. Aceeași succesiune temporală se aplică și în materia refuzului nejustificat de a soluționa o cerere. În ultima situație însă nu mai este necesară procedura administrativă prealabilă, ci doar o dovadă a refuzului.

recunoscută doar în termenul de 6 luni de la primirea răspunsului la cerere sau la expirarea acestui termen (3). Le vom aborda pe rând.

a) *Formularea unei cereri către administrație. Lipsa unui termen general reglementat în acest sens. Există termene speciale?*

a) Primul moment al procedurii este acela în care particularul-reclamant formulează o cerere către administrație, în considerarea unei vocații⁷³ căreia vrea să îi confere certitudine transformând-o în drept. Această petiție apare ca necesară, neputând fi conceput un refuz expres sau implicit în lipsa unei solicitări prealabile, așa cum s-a subliniat și în jurisprudență:

„În mod evident, pentru a discuta despre existența unui refuz nejustificat este necesar ca în prealabil să se constate existența unei cereri formulate de partea vătămată și în raport de conținutul concret [al] acestei cereri urmează a se analiza în ce măsură refuzul autorității are caracter nejustificat în sensul dispozițiilor legale anterior citate⁷⁴”.

În legătură cu această cerere, regula este aceea că, în **lipsa unui termen legal general**, ea poate fi formulată oricând. Mai mult, având în vedere că prin aceasta particularul solicită un lucru pentru sine, se poate constata că cererea va fi formulată atunci când particularul consideră de cuviință sau, după caz, când se produce un fapt care creează premisele

⁷³ În viziunea noastră, se poate pune semnul egalității între „vocație” și „interesul legitim privat”, așa cum este acesta definit în art. 2 alin. (1) lit. p) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ: „posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurată”.

⁷⁴ Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, dec.: 471/09 septembrie 2020, <https://sintact.ro/#/jurisprudence/534514792/1/decizie-nr-471-2020-din-09-sept-2020-curtea-de-apel-targu-mures-obligatia-de-a-face-contencios...>, consultat la 1 octombrie 2020.

transformării vocației sale într-un drept, și în acest fel se naște interesul demersului său procedural. Astfel, anterior momentului în care se formulează cererea și în afara procedurii declanșate de această solicitare a particularului, există o perioadă în care el are doar o vocație, o îndreptățire de a pretinde pentru sine un drept viitor, prefigurată. Odată ce acest interes legitim privat se naște – de regulă ca urmare a unei împrejurări exterioare și străine de voința sa – particularul este nevoit să iasă din pasivitate și să acționeze pentru a-și valorifica propria vocație.

b) Există însă **texte speciale** care prevăd condiționări temporale ale posibilității particularului de a formula o cerere către administrație. De pildă, potrivit art. 22 alin. (1) al Legii nr. 10/2001 privind regimul unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989, republicată⁷⁵ potrivit căruia „Persoana îndreptățită va notifica **în termen de 6 luni de la data intrării în vigoare a prezentei legi [s.n., A-C.L.]** persoana juridică deținătoare, solicitând restituirea în natură a imobilului”. În acest caz particular, vocația s-a născut ca urmare a intrării în vigoare a legii ce reglementează procedura de restituire (deci prin intervenția unei împrejurări exterioare), iar transformarea acesteia în dreptul de proprietate imobiliară este condiționată de formularea notificării în termenul prevăzut expres. În acest sens, făcând obiectul a numeroase excepții de neconstituționalitate⁷⁶, prevederea amintită a suscitat totodată dezbateri

⁷⁵ Publicată în M.of.: 75/14 februarie 2001, republicată în M.of.: 279/4 aprilie 2005, republicată în temeiul art. VII din titlul I al Legii nr. 247/2005 în M.of.: 798/2 septembrie 2005, în vigoare din 14 februarie 2001.

⁷⁶ Într-o recentă decizie, sesizată fiind cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 22 alin. (1) și alin. (5) din Legea nr. 10/2001, Curtea Constituțională a României a statuat în sensul că „(...) prevederile de lege criticate în cauza de față au mai format, în repetate rânduri,

raportat la natura termenului în care notificarea trebuie formulată. Astfel, s-a remarcat faptul că termenul prevăzut de lege pentru notificarea persoanei deținătoare nu ar fi un termen procedural, ci, dimpotrivă, unul de drept substanțial, a cărui nerespectare atrage pierderea dreptului de a solicita (și obține) în justiție măsuri reparatorii, în natură sau prin echivalent⁷⁷.

Alte astfel de termene ce impun acțiunea particularului în sesizarea administrației pot fi regăsite în Legea nr. 18/1991 privind fondul funciar,

obiect al controlului de constituționalitate, instanța de contencios constituțional pronunțându-se prin mai multe decizii în sensul respingerii, ca neîntemeiată, a excepției de neconstituționalitate. În acest sens sunt, de exemplu, deciziile nr. 344 din 18 septembrie 2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 776 din 5 noiembrie 2003, nr. 185 din 27 aprilie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 490 din 1 iunie 2004 (...). În jurisprudența menționată, Curtea a reținut că, prin art. 22 și următoarele din Legea nr. 10/2001, a fost instituită o procedură administrativă ce are ca scop restituirea în natură a imobilelor - terenuri sau construcții - de către persoana juridică deținătoare, prin decizie sau dispoziție motivată a organelor sale de conducere. Legiuitorul a circumscris *exercitarea* dreptului la restituire a imobilelor de respectarea unor termene, așa cum este și termenul prevăzut de art. 22 alin. (5) din Legea nr. 10/2001, în interiorul căruia trebuie trimisă notificarea către persoana juridică deținătoare a imobilului. Curtea a statuat că acest termen nu este de natură să aducă atingere dreptului de proprietate privată, având în vedere faptul că recunoașterea sine die a posibilității persoanei interesate de a declanșa procedura de recuperare a imobilelor preluate abuziv de către stat ar fi fost de natură să genereze un climat de insecuritate juridică în domeniul proprietății imobiliare. Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 44 alin. (1) teza a doua din Constituție, exercitarea dreptului de proprietate trebuie să se facă în limitele legii, iar legiuitorul ordinar este competent să fixeze cadrul juridic pentru exercitarea acestuia, instituind limitări rezonabile în valorificarea ca drept subiectiv garantat, în așa fel încât să nu vină în coliziune cu interesele generale sau cu interesele particulare legitime ale altor subiecte de drept”; a se vedea Decizia nr. 226/2019 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a prevederilor art. 22 alin. (1) și (5) din Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989, publicată în M.of.: 550/4 iulie 2019.

⁷⁷ M. NICOLAE, *Proceduri de restituiri, în Regimul juridic al imobilelor preluate în mod abuziv. Legea nr. 10/2001 comentată și adnotată*, vol. I, în F.A. BAIAS, B. DUMITRACHE, M. NICOLAE, ed. a II-a, Ed. Rosetti, București, 2002, nr. 155, p. 207. În acest context, „dreptul de a solicita măsuri reparatorii” echivalează cu o vocație, iar pierderea acestuia semnifică pierderea respectivei vocații.

republicată⁷⁸. În acest sens, art. 9 alin. (3)⁷⁹, art. 37 alin. (2)⁸⁰ prevăd expres termene în care particularul trebuie să formuleze cererea de reconstituire a dreptului de proprietate.

Un alt termen special pentru sesizarea administrației ar putea fi cel în care particularul trebuie să formuleze cererea de anulare a obligațiilor fiscale accesorii, prevăzut în Ordinul nr. 2100/2020 al ministrului finanțelor publice pentru aprobarea Procedurii de anulare a obligațiilor de plată accesorii⁸¹. În acest sens, ordinul prevede că cererea pentru anularea obligațiilor de plată accesorii trebuie depusă cel mai târziu la data de 15 decembrie 2020. Și în această ipoteză interesul legitim privat, dreptul viitor prefigurată se naște ca urmare a noului context legislativ – aspect exterior voinței particularului.

În concluzie, există așadar unele termene speciale în domenii variate, nu și unul general, în materia contenciosului administrativ, care să restrângă temporal dreptul particularului de a sesiza administrația. În mod evident, în

⁷⁸ Publicată în M. of.: 37/20 februarie 1991, republicată în M.of.: 1/5 ianuarie 1998, în vigoare din 20 februarie 1991.

⁷⁹ Art. 9 alin. (3) din Legea nr. 18/1991 prevede, raportat la reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor arabile faptul că „Cererea se depune la primăria localității sau, după caz, al primăriile localităților în a căror rază teritorială se află terenul pentru care urmează să fie reconstituit dreptul de proprietate, personal sau prin poștă, cu confirmare de primire, **până la data de 31 decembrie 1998 [s.n., A-C.L.]**, sub sancțiunea decăderii din termen”.

⁸⁰ Potrivit art. 37 din Legea nr. 18/1991, „(1) Persoanele ale căror terenuri agricole au fost trecute în proprietate de stat, ca efect al unor legi speciale, altele decât cele de expropriere, și care se află în administrarea unităților agricole de stat devin, la cerere, acționari la societățile comerciale înființate, în baza Legii nr. 15/1990, din actualele unități agricole de stat. De aceleași prevederi beneficiază și moștenitorii acestor persoane. (2) Cererea se depune, **în termen de 30 de zile de la intrarea în vigoare a prezentei legi [s.n., A-C.L.]** la primăria în a cărei rază teritorială este situat terenul”.

⁸¹ Acest ordin, publicat în 20 iulie 2020 a fost emis în contextul măsurilor fiscale adoptate de autorități în luna mai prin OUG 69/2020, menite să ajute contribuabilii să depășească mai ușor problemele generate de COVID-19.

lipsa unui factor declanșator, particularul va formula o cerere în momentul când va avea un interes concret, tinzând spre valorificarea unei vocații și transformarea acesteia în drept.

Lipsa unui termen general pentru formularea cererii în materia contenciosului administrativ ne permite să ajungem la concluzia că un ipotetic termen special în care se naște și există vocația particularului n-ar trebui să afecteze logica termenelor prevăzute de Legea nr. 554/2004. Regulile instituite prin legea amintită se declanșează numai după formularea cererii, astfel că reglementarea unui interval de timp pentru acest act nu intră în conflict și nu poate modifica termenele din contenciosul administrativ, pentru că, prin ipoteză, nu există un termen general care să fie susceptibil de modificare.

b) Răspunsul administrației publice. Termenul prohibitiv de 30 de zile

În urma formulării cererii, administrația are la dispoziție un termen de 30 de zile în care să răspundă reclamantului – prin soluționarea pozitivă sau negativă a cererii acestuia.

Ca natură juridică, acesta nu poate fi caracterizat ca fiind termen de prescripție sau de decădere, având în vedere faptul că el nu este un termen în care particularul trebuie să se manifeste activ. Din contră, fiind o perioadă „de așteptare” pentru acesta, cele 30 de zile constituie un termen prohibitiv, caracterizat prin obligația de abținere de la orice act de procedură.

În doctrină s-a arătat și faptul că, din perspectiva administrației, acesta este un „*termen procesual imperativ*”, a cărui nerespectare poate

atrage aplicarea de sancțiuni disciplinare celui care se face vinovat de nerezolvarea reclamației administrative în acest interval legal de timp⁸².

c) Acțiunea în justiție. Termenul de prescripție de 6 luni. Posibilitatea reiterării cererii inițiale

Potrivit art. 11 alin. (5) teza I din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, termenul de 6 luni în care particularul este îndreptățit să introducă acțiunea în contencios administrativ având ca obiect cenzurarea refuzului nejustificat este calificat expres ca termen de prescripție⁸³. Doctrina a statuat că prin această modalitate de calificare a naturii juridice a celor 6 luni s-a realizat o corelare perfectă a reglementării speciale cu cea generală (Noul Cod civil) – așa cum în materie civilă, termenul general de prescripție este cel de 3 ani, în materia contenciosului administrativ suntem în prezența unui termen special, mai scurt, de 6 luni, „*expresie a privilegiului de jurisdicție de care se bucură administrația*”⁸⁴.

Remarcăm și faptul că în doctrină a fost generalizată definiția instituției prescripției în ceea ce privește acțiunea în contencios administrativ, ca fiind „*acel mod de înlăturare a obligației unei autorități publice de a revoca un act administrativ, a soluționa o cerere sau a acorda despăgubiri unui*

⁸² M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extinctivă...*, op.cit., p. 1027.

⁸³ Această natură juridică stabilită legal a fost confirmată și în doctrină; a se vedea A. IORGOVAN, *Tratat de drept administrativ*, ed. a 4-a, rev., Ed. ALL Beck, București, 2005, p. 1027.

⁸⁴ Ov. Podaru, *Despre prescripție ...*, op.cit., p. 38. Autorul arată că, în esență „nu este vorba despre ideea că, într-un litigiu purtat cu administrația particularul nu ar fi egal cu aceasta, ci de faptul că un particular care se judecă cu administrația este într-o situație mai grea decât unul care a chemat în judecată un alt particular (...)”.

particular, prin stingerea dreptului material la acțiune al acestuia din urmă ca urmare a neexercitării sale în termenul stabilit de lege⁸⁵”.

În contextul tratării problematicei termenului de introducere a acțiunii, un aspect de subliniat este distincția între **durata de existență a dreptului subiectiv pretins și termenele procedurale instituite de lege pentru satisfacerea acestui drept**. Acest aspect a constituit obiect al disputelor doctrinare de-a lungul timpului, concluzia la care ne raliem fiind aceea că pierderea anumitor termene procedurale nu poate conduce prin sine la o pierdere a dreptului ce trebuie valorificat prin procedurile stabilite de lege. În acest sens, în cazul în care, prin ipoteză, particularul a pierdut termenele pentru a ataca refuzul nejustificat al administrației, în realitate toate aceste termene procedurale curg generate fiind de prima sa cerere, neafectând însă dreptul subiectiv în esența sa. În măsura în care această primă cerere este respinsă (sau pur și simplu ignorată), având în vedere că dreptul său nu a fost afectat, dacă pentru viitor acesta hotărăște să formuleze o nouă cerere, atunci vor curge alte termene, generate de cererea respectivă. Pierderea termenelor în cazul tăcerii administrației nu poate avea ca efect pierderea dreptului subiectiv însuși – dacă este imprescriptibil – ci doar a dreptului procedural de a i se răspunde la prima cerere⁸⁶. Expirarea

⁸⁵ M. Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă ...*, op.cit., p.1148.

⁸⁶ Încă din perioada interbelică, a fost subliniată ideea potrivit căreia „Faptul de a nu fi făcut recursul în termen, nu constituie pentru particular o decădere de a mai face o altă cerere; el a pierdut numai dreptul de a face recurs față de prima cerere, pe care a omis să o atace cu recurs în termen.”, a se vedea: P. NEGULESCU, *Tratat de drept administrativ*, ed. a IV-a, Ed. Institutul de arte grafice E. MARVAN, București, 1934, p. 374. Mai mult, în ipoteza atitudinii pasive a administrației care a condus la pierderea termenului, același autor subliniază: „Colectivitatea nu are interes ca particularul să fie vexat, nesocotit, împiedecat în activitatea sa de funcționarii puși tocmai ca să ajute pe individ, să-i sprijine activitatea, căci progresul individual constituie

termenului – ca urmare a pasivității administrației (cum este cazul în speța de față) „trebuie interpretată cât mai mult în favoarea particularilor, iar nu în defavoarea lor⁸⁷”.

Analizând cele trei momente temporale în ipoteza refuzului nejustificat de a soluționa o cerere, devine vizibilă logica lor. Astfel, îndeplinirea actului asociat primului moment temporal determină întreruperea⁸⁸ termenului inițial și curgerea termenului de 30 de zile pentru răspunsul administrației. Formularea (și comunicarea) acestuia declanșează automat curgerea termenului de 6 luni pentru introducerea acțiunii în contencios administrativ. Astfel, efectuarea unui act provoacă imediat

progresul colectivității; ea nu poate să aibă interes ca un cetățean să fie decăzut din drepturile sale publice [...]”.

⁸⁷C.G. RARINCESCU, *Contenciosul administrativ român*, ed. a 2-a, anastatică, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 283. Ideea expusă este tratată și de alți autori, ce și-au exprimat convingerea în sensul existenței posibilității de reiterare a cererii de către particular, în sensul că „este absolut illogic ca această atitudine a administrației, care nu presupune nici o schimbare vizibilă a situației raportat la ceea ce exista înainte de sesizarea acesteia, să se transforme într-o clipă într-o situație iremediabilă și absolut catastrofală pentru particular (...) Cu alte cuvinte, am spune noi, tăcerea poate încălca un drept, dar nu poate determina stingerea acestuia. De aceea i s-a recunoscut – sau ar fi trebuit să i se recunoască – dreptul său absolut firesc la reiterarea cererii, ca un corolar al principiului – să-i spunem așa - al «imprescriptibilității stării de legalitate»”, a se vedea Ov. PODARU, *Paradoxurile tăcerii: de la non-voiață la act. Studiu de drept administrativ*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 1/2003, p. 103. Totodată, s-a susținut că „cel care se consideră vătămat într-un drept recunoscut de lege sau într-un interes legitim, după caz, prin refuzul unei autorități publice de a răspunde petiționarului în termen de 30 de zile de la înregistrarea cererii respective (...) poate, chiar după prescripția dreptului la acțiune contra refuzului nejustificat de rezolvare a acestei cereri, să reitereze (formuleze din nou) cererea, cât timp dreptul său material mai este în ființă (...)”, a se vedea M. NICOLAE, *Tratat de prescripție extintivă ...*, op.cit., p. 991.

⁸⁸ În acest context, folosim noțiunea de „întrerupere” tocmai pentru a sublinia succesiunea termenelor din contenciosul administrativ. Astfel, odată cu efectuarea actului asociat unuia dintre cele trei momente temporale începe să curgă termenul următor, nemaiprezentând relevanță pentru cei implicați perioada de timp rămasă (în măsura în care actul s-a realizat în interiorul termenului inițial, care nu s-a scurs în integralitate).

curgerea termenului pentru următorul act, indiferent de natura substanțială sau procedurală a termenelor în discuție.

2. Termenul de 90 de zile instituit prin Regulamentul CSM și natura sa juridică dificil de găsit

În ceea ce privește cariera magistraților, Regulamentul adoptat prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 621/2006, prevede un termen de 90 de zile, în care persoana care a obținut un anumit punctaj și îndeplinește criteriile specifice poate să formuleze o cerere pentru a valorifica rezultatul obținut. Mecanismul concret este acela că, prin validarea concursului, candidatul inițial nepromovat dobândește concomitent vocația de a promova în funcție în măsura în care își manifestă voința în acest sens (prin formularea unei cereri) și, cel mai important, în măsura în care devine vacant un loc în cadrul instituției pentru care a optat.

a) Termen de drept material sau termen de procedură?

Pentru început, pentru a da termenului de 90 de zile o natură juridică, trebuie să stabilim dacă acesta privește exercitarea unui drept substanțial sau, din contră, a unui drept procedural. Neexistând un cadru procesual și nefiind în prezența unui act de procedură care să trebuiască să fie îndeplinit, este clar că nu poate fi vorba de un termen pentru exercitarea unui drept procedural.

În consecință, termenul de 90 de zile privește un **drept substanțial**. Mai mult, dreptul la valorificarea rezultatului concursului este, ca natură juridică, unul **potestativ**, petentul urmărind prin manifestarea sa de voință constituirea unei noi situații juridice. Totuși, spre deosebire de situația potestativității „pure și simple”, în cazul de față, pe lângă simpla exprimare a opțiunii, este necesară îndeplinirea unei condiții exterioare, și anume

vacantarea unui loc în cadrul instituției pentru care petentul a optat. Limitând în timp existența unei vocații, termenul de 90 de zile nu poate fi decât un termen de drept material, fără a constitui însă un termen de prescripție. Pe de o parte, nu se poate admite că în interiorul acestui termen se naște și dreptul la acțiune în justiție pentru protejarea vocației în cauză⁸⁹. Pe de altă parte, nu se poate spune că la expirarea termenului de 90 de zile subzistă un drept „imperfect” ce poate fi invocat pe cale de excepție și o obligație naturală corelativă.

Cele 90 de zile desemnează intervalul în care se naște vocația magistratului, dreptul lui viitor prefigurată și totodată, perioada în care acest drept viitor se poate transforma în certitudine printr-o manifestare de voință explicită. Totuși, manifestarea propriei voințe nu este suficientă prin sine, căci valorificarea interesului legitim privat depinde și de o împrejurare exterioară – existența unui loc vacant. Vorbim astfel de o vocație sub condiție suspensivă⁹⁰. Ca o consecință, neîndeplinirea acestei condiții determină

⁸⁹ Așa cum foarte clar prevedea art. 1886 al C.civ. 1864: „Nicio prescripție nu poate începe a curge mai înainte de a se naște acțiunea supusă acestui mod de stingere”. Totodată, potrivit art. 2523 al C.civ. 2009: „Prescripția începe să curgă de la data când titularul dreptului la acțiune a cunoscut sau, după împrejurări, trebuia să cunoască nașterea lui”.

⁹⁰ Mai corect este să afirmăm că actul care dă efect promovării în situația candidaților inițial respinși este afectat de condiția suspensivă a vacantării unui loc în cadrul instanței sau parchetului vizat în intervalul de timp prevăzut prin regulament al CSM. Cu privire la modalitățile actului administrativ, doctrina s-a pronunțat în sensul că în această materie termenul și condiția sunt identice – ca instituție juridică – cu cele din dreptul civil, însă au în dreptul administrativ o arie diferită de aplicabilitate; a se vedea Ov. Podaru, *Drept administrativ...* op.cit., p. 49. În dreptul administrativ, deși identice ca mod de funcționare, se poate observa că instituirea modalităților nu este rezultatul voinței concordante a părților, ci se realizează prin acte administrative normative (cum este și în cazul speței de față, în care condiția suspensivă a existenței unui loc vacant este instituită prin Regulament al CSM). Translatarea instituției juridice a modalităților în dreptul administrativ este însă permisă de art. 28 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ, potrivit căruia „Dispozițiile prezentei

caducitatea acestei vocații. Practic, în lipsa solicitării de valorificare și a locului vacant, la expirarea celor 90 de zile, interesul legitim privat se stinge.

Astfel, concluzia la care ajungem este că cele 90 de zile desemnează un **termen de decădere substanțial**, la expirarea acestei perioade stingându-se chiar vocația la valorificare⁹¹.

legi se completează cu prevederile Codului civil și cu cele ale Codului de procedură civilă, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte". În ceea ce privește actele unilaterale, potrivit art. 1325 Cod civil, „Dacă prin lege nu se prevede altfel, dispozițiile legale privitoare la contracte se aplică în mod corespunzător actelor unilaterale”. Modalitățile instituite de regulă pe cale convențională sunt aplicabile astfel și actelor unilaterale de drept civil, putând fi translatate și în materia actului juridic administrativ – ca regulă unilateral, atât timp cât nu există o incompatibilitate cu specificul raporturilor de drept public. Aplicabilitatea modalităților în dreptul administrativ nu poate fi exclusă nici din perspectiva faptului că dreptului sau vocației având ca izvor actul administrativ normativ, în speță art. 30 din Regulamentul CSM, îi corespunde o obligație corelativă a autorității – de a da efect cererii de valorificare a rezultatelor concursului – la rândul ei sub condiția suspensivă a existenței unui loc vacant.

⁹¹ Pentru a ajunge la această concluzie, trebuie să raportăm termenul de 90 de zile la celelalte posibile clasificări expuse în prezentul studiu. Remarcăm astfel că acesta se aseamănă într-o măsură însemnată cu **termenul extinctiv** și **termenul prefix**. Perechea „*termen extinctiv – termen suspensiv*” este întâlnită în materia modalităților **actelor juridice civile**, și nu în ceea ce privește efectele acestor acte (printre care se numără și drepturile subiective). Însă, în măsura în care un act este afectat de un termen extinctiv, este posibil ca dreptul ce constituie unul dintre efectele actului respectiv să fie afectat de un termen de decădere substanțială. Astfel, este foarte posibil ca termenul extinctiv și cel de decădere substanțială să desemneze același lucru, doar că cel din urmă vizează dreptul - ca efect al actului juridic. Și noțiunea de **termen prefix** este extrem de apropiat de cel de decădere substanțială. În acest sens, tratând problematica termenelor de garanție pentru conformitate, în doctrină acestea au fost clasificate ca termene prefixe, adăugându-se și faptul că se aseamănă cu termenele de decădere, cu care uneori se identifică; a se vedea I. F. POPA, *Regimul juridic al termenelor în materia garanției pentru conformitate*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 4/2007, <https://sintact.ro/#/publication/151006925>, consultat la data de 12.11.2020. Distincția dintre termenele de decădere substanțială și termenele prefixe ar putea consta în aceea că primele pot să fie în anumite situații de forță majoră susceptibile de întrerupere. Dacă am admite acest lucru, trebuie să ne întrebăm dacă nu cumva astfel de termene (cum este și cel din speța de față) nu ar fi fost suspendate prin Decretul nr. 195 din 16 martie 2020 privind instituirea stării

b) Termen peremptoriu sau dilatoriu?

În considerarea celor expuse mai sus, este evident că cele 90 de zile nu pot reprezenta un interval de timp în care petentului să-i fie interzisă orice conduită activă, respectiv să-i fie impusă pasivitatea. Din contră, în această perioadă este necesar să-și manifeste voința în sensul formulării cererii de valorificare, tocmai pentru ca vocația de promovare să se transforme în drept subiectiv. Așa cum am arătat însă, acțiunea sa este necesară, dar nu și suficientă. Căci jocul condiției suspensive (vacantarea unui loc) este de natură să determine eficacitatea ori, după caz, caducitatea vocației sale.

În concluzie, în considerarea acestei atitudini active, în mod cert termenul instituit prin Regulamentul CSM este unul **imperativ (peremptoriu)** din perspectiva candidatului. Din perspectiva CSM însă, în intervalul de timp de 90 de zile nu există o obligație de a acționa; dimpotrivă, acestui organ administrativ nu îi rămâne decât să adopte o conduită pasivă.

c) Soluția pe care o propunem. Critica raționamentului instanței supreme

Așa cum am arătat, există termene care afectează chiar existența drepturilor subiective și termene a căror îndeplinire atrage doar ineficacitatea acestor drepturi. Totodată, există, pe de o parte, termene în care se impune

de urgență pe teritoriul României emis de Președintele României, (M.of.: 212/16 martie 2020), care stabilește la art. 41 că „Prescripțiile și termenele de decădere de orice fel nu încep să curgă, iar, dacă au început să curgă, se suspendă pe toată durata stării de urgență instituite potrivit prezentului decret, dispozițiile art. 2.532 pct. 9 teza a II-a din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil sau alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile”. privind Codul civil sau alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile”. Distinct de termenul de decădere substanțial, termenul prefix (cum este cel în materia garanției pentru conformitate) curge chiar în măsura luării unor măsuri excepționale determinate de cazuri de forță majoră, tocmai datorită caracterului obiectiv al acestuia. În consecință, credem că această posibilitate de suspendare/întrerupere este cea care diferențiază cele două termene, regimul lor juridic fiind aproape identic.

îndeplinirea unor acte procedurale și termene în care este oprită efectuarea oricărui act, pe de altă parte. Având în memorie clasificările expuse anterior, trebuie să analizăm, mai întâi, care este raportul între cele 90 de zile și logica termenelor din contenciosul administrativ iar, mai apoi, care este modul în care Înalta Curte a tranșat această problemă.

- (1) Corelarea termenului de 90 de zile cu termenele reglementate de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

În privința acestor termene, așa cum am arătat, succesiunea lor în timp presupune că efectuarea actului corespunzător în termenul inițial (termen special) declanșează automat curgerea următoarelor intervale de timp. Nu există astfel o adăugare pur matematică a acestor termene, ele declanșându-se începând cu primul termen până la cel din urmă la momentul efectuării actului procedural.

Astfel, se pot pune în discuție cel puțin două interpretări referitoare la termenul special prevăzut de Regulamentul CSM - fie aceea că cele 90 de zile reprezintă intervalul în care persoana îndreptățită își manifestă vocația printr-o cerere de valorificare, iar odată manifestată voința sa, termenul de 90 de zile este întrerupt și este declanșată automat curgerea termenului de 30 de zile pentru răspunsul administrației; fie interpretarea potrivit căreia termenul de 90 de zile vizează atât formularea cererii cât și intervalul în care trebuie să răspundă administrația, interpretare la care s-a oprit și Înalta Curte de Casație și Justiție și pe care o vom trata ulterior.

În opinia noastră, singura interpretare corectă este cea potrivit căreia acest termen marchează chiar perioada de existență a vocației particularului de a valorifica rezultatele obținute în urma concursului, orice perioadă în afara intervalului de 90 de zile echivalând cu inexistența vocației în cauză. În

acest sens, trebuie făcută distincția între termenul în care există posibilitatea de valorificare a unei vocații a particularului și termenele care compun procedura efectivă de valorificare a acesteia. Există un termen în care particularul își manifestă voința pentru a evita stingerea vocației sale înțeleasă ca interes legitim privat, pe de o parte, și, pe de alta, diferite termene aplicabile tocmai ca urmare a manifestării sale de voință. În mod firesc, aplicând aceeași logică a termenelor din contenciosul administrativ, formularea cererii în termenul de 90 de zile va determina automat întreruperea aceluiași termen și curgerea termenului de 30 de zile pentru soluționarea cererii în cauză. Chiar în lipsa unui răspuns la cererea sa, nu există riscul stingerii definitive a vocației sale. Mai mult, în absența unui răspuns, de la momentul expirării termenului de 30 de zile curge termenul de 6 luni pentru exercitarea acțiunii în justiție, iar acțiunea sa nu poate fi respinsă ca lipsită de interes sau ca prematură, tocmai pentru că, dacă cele două condiții sunt îndeplinite (exercitarea opțiunii și locul vacant), vocația sa devine drept subiectiv și poate fi apărută în contenciosul administrativ.

3. Unde a greșit instanța supremă în interpretarea sa?

Pentru a lămurii problemele generate de ambiguitatea instanței supreme în soluționarea speței de față, să reiterăm cele două părți ale raționamentului acesteia:

(i) pe de o parte aceasta arată că „dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004 modificată și completată nu sunt aplicabile în cauză. Legea contenciosului administrativ reprezintă legea generală în materia contenciosului administrativ, iar termenul de 30 de zile se aplică în domeniile în care, prin legi speciale nu se prevede un alt termen” respectiv că „(...) termenul de 30 de zile din Legea nr. 554/2004 modificată și completată nu se aplică în cadrul

procedurii valorificării rezultatelor concursului de promovare. În cauză se aplică numai termenul de 3 luni prevăzut de art. 30 alin. (1) din Regulament”;

(ii) pe de altă parte însă se argumentează că „la împlinirea acestui termen intimatul are obligația să soluționeze cererea contestatoarei prin care a cerut valorificarea rezultatelor concursului de promovare (...)”

Așadar, în prima parte a raționamentului său, instanța supremă susține ideea **înlocuirii** termenului de 30 de zile prevăzut în materia contenciosului administrativ cu cel de 90 de zile. Prin înlocuire s-ar înțelege astfel o preluare a scopului și funcțiilor pentru care a fost instituit termenul de 30 de zile – ca perioadă de timp pe care administrația o are la dispoziție pentru a răspunde cererii particularului. Raționamentul inițial este însă curmat brusc, prin ultima teză din considerentele curții, potrivit căreia soluționarea cererilor de valorificare are loc doar **după** expirarea termenului de 90 de zile.

Contradicția în argumentare este evidentă – pe de o parte se afirmă că termenul de 90 de zile înlocuiește termenul de 30 de zile (însemnând că tot acest interval este pus la dispoziția CSM pentru a răspunde cererilor de valorificare), iar pe de alta, se afirmă că soluționarea are loc doar la expirarea celor 90 de zile deci, printr-o logică firească, acest termen special nu înlocuiește scopul și rolul termenului prevăzut în Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ. Așadar, termenul de 90 de zile **se substituie** sau **sucedă** celui de 30 de zile? În continuare vom arăta însă că niciuna dintre aceste „jumătăți de raționament” (care oricum nu se potrivesc una cu cealaltă) nu poate fi acceptată nici dacă le-am privi, pe fiecare, în mod independent.

(1) Soluția înlocuirii termenului prevăzut în legea organică nu este corectă

Mai întâi, Înalta Curte de Casație și Justiție statuează că termenul de 90 de zile, prin natura sa specială, ar deroga de la Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ și ar înlătura de la aplicabilitate termenul de 30 de zile instituit prin art. 2 alin. (1) lit h) din această lege. Sunt însă suficiente argumente care se opun acestei idei:

1. Pentru început, considerăm că, existând o reglementare generală, cu forță juridică superioară – Legea nr. 554/2004 – care prevede expres un termen procedural în care administrația trebuie să răspundă solicitării particularului, și ținând cont și de faptul că reglementarea inferioară – regulamentul adoptat de Plenul CSM – nu conține o prevedere în sensul că acest termen ar desemna perioada în care administrația răspunde cererii particularului, rezultă că, în privința acestui răspuns rămâne să se aplice, în absența unei norme speciale, textul comun din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

2. Chiar în măsura în care s-ar recunoaște posibilitatea de înlocuire a termenului general, termenul special prevăzut de un act administrativ cu forță juridică inferioară nu poate să îl depășească ca durată, întrucât instituie o limitare, o condiționare (în ceea ce-l privește pe particularul obligat la o atitudine pasivă în termenul mai îndelungat). Așa cum am arătat în prezentul studiu, un act administrativ normativ mai puțin favorabil decât legea în executarea căruia a fost adoptat nu trebuie să fie aplicat într-o situație concretă, în detrimentul legii.

3. Totodată, termenul de 30 de zile pus la dispoziția administrației pentru a răspunde cererii particularului nu poate primi prin interpretare aceeași natură juridică cu termenul de 90 de zile, ca să putem afirma că se pot

excluce reciproc de la aplicare. Privit din perspectiva particularului, termenul de 30 de zile prevăzut de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ nu poate fi cuprins în categoria termene de prescripție – termene de decădere, fiind un termen *prohibitiv* (iar nu unul imperativ, ca și cel de 90 de zile), în care particularul trebuie să se abțină de la efectuarea oricărui act procedural, în așteptarea răspunsului organului administrativ sesizat. Astfel, el nu are nici o înrâurire asupra vocației particularului. În măsura în care am aplica în situația concretă raționamentul instanței supreme, am ajunge practic să dăm unui singur termen două semnificații și două naturi juridice diferite – pe de o parte, s-ar impune particularului să acționeze pentru valorificarea vocației sale prin formularea cererii, pe de altă parte, acesta ar fi obligat să adopte o conduită pasivă, în așteptarea unui răspuns dat la un moment în care în mod cert nu mai există un loc vacant și, ca o consecință, vocația sa e stinsă. Or, nu putem concepe un termen care să fie, pentru aceeași parte a unui raport juridic concret, simultan imperativ - obligând la o conduită anume prescrisă - și prohibitiv - interzicând orice formă de acțiune. Nonsensul situației este evident.

4. Mai mult, dacă ar fi să considerăm termenul de 90 de zile ca reprezentând atât intervalul pentru răspunsul administrației, cât și pentru valorificarea interesului legitim privat, s-ar putea ajunge la o concluzie contrară logicii, dar și ideii de echitate: la trecerea acestuia, în ipoteza lipsei unui răspuns din partea administrației, particularul ar putea fi privat în fapt de orice posibilitate de acțiune, o contestație având ca obiect refuzul

nejustificat al administrației fiind lipsită de interes, pentru că oricum vocația acestuia de a-și valorifica rezultatul obținut s-a stins⁹².

5. În fine, pornind de la aceeași idee, a dublei naturi juridice a acestui termen, am putea ajunge la o altă concluzie absurdă: presupunând că în acest caz particularul ar formula cererea în penultima zi din intervalul de 90 de zile, administrația ar avea la dispoziție o singură zi pentru a primi și soluționa petiția, lucru în primul rând imposibil și apoi în mod sigur în defavoarea particularului, căci acesta nu are cum să-și dea seama că imediat începe să curgă împotriva sa termenul pentru introducerea contestației. Așadar, această modalitate de interpretare trebuie exclusă.

(2) Nici soluția nașterii obligației CSM la soluționarea cererii doar după trecerea celor 90 de zile nu este corectă

În continuarea raționamentului său, Înalta Curte afirmă că doar la împlinirea termenului de 90 de zile CSM ar avea obligația să soluționeze cererea contestatoarei prin care a cerut valorificarea rezultatelor concursului. Altfel spus, formularea cererii nu ar întrerupe termenul de 90 de zile care ar curge în continuare, CSM având obligația de a răspunde doar după scurgerea acestui termen. Și acestei idei i se pot aduce următoarele critici:

1. Prima problemă pe care o ridică această interpretare este legată de corelarea termenului de 90 de zile cu logica termenelor din contenciosul administrativ. Practic, instanța supremă șterge cu buretele raționamentul

⁹² Astfel, dacă termenul de 90 de zile ar constitui în același timp și termenul de răspuns și termenul în limitele căruia există chiar vocația (interesul legitim privat la promovarea prin valorificarea rezultatelor concursului), am putea ajunge în situația absurd în care, la expirarea termenului și în lipsa unui răspuns, particularul îndreptățit la formularea unei acțiuni în contencios administrativ, să nu mai aibă o vocație de protejat pe calea acestei acțiuni.

potrivit căruia termenul de 30 de zile este înlocuit, nejustificând în vreun fel dispariția acestuia din succesiunea cronologică firească. Or, în măsura în care se înlătură de la aplicare un termen instituit prin lege organică, instanța trebuie să arate în concret cauza dispariției sale. Mai mult, dacă ar fi să considerăm că nu se mai aplică termenul de 30 de zile, instanța supremă lasă neclarificată a altă dilemă: aceea de a ști dacă există o un interval de timp determinat în care organul administrativ sesizat are obligația de a răspunde cererii petentului sau acesta poate să soluționeze cererea *sine die*.

2. Totodată, această a doua interpretare ar putea determina stingerea vocației doar prin trecerea timpului. Practic, după formularea cererii, magistratul este obligat să se abțină să acționeze în tot intervalul de timp cât subzistă vocația sa. Iar după trecerea acestui interval, chiar în măsura în care ar dori să acționeze, nu ar mai putea, vocația sa fiind stinsă⁹³. Aplicarea acestui raționament nu numai că reprezintă un nonsens, dar, mai mult, poate

⁹³ Cu referire la instituirea unor termene care conduc practic la o golire de conținut a vocațiilor recunoscute particularilor, s-a pronunțat și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, prin hotărârea pronunțată de secția II în data de 24 februarie 2004 în cauza *Vodarenska Akciova Spolecnost*. În cauza adusă în fața Curții, reclamanta a fost parte a unei proceduri care s-a finalizat în apel cu o decizie defavorabilă. De aceea, aceasta a introdus un recurs în fața instanței supreme și, în același timp, un recurs în fața Curții Constituționale. Al doilea recurs a fost respins de către instanța constituțională ca fiind inadmisibil, pe motiv că reclamanta trebuia să epuizeze anterior celelalte mijloace de recurs, anume recursul în fața instanței supreme, care era încă pendinte. După ce recursul său la instanța supremă a fost respins ca inadmisibil, reclamanta a introdus din nou recursul în fața Curții Constituționale. Aceasta a considerat că recursul este tardiv, întrucât termenul de sesizare se calculează de la data deciziei în apel, cât timp recursul său la instanța supremă a fost inadmisibil. În acest context, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, raportându-se la art. 6 din Convenție a statuat că instituirea unor termene pentru sesizarea instanțelor este o limitare implicită a accesului la justiție, justificată de principiul securității raporturilor juridice. *Totuși, aceste termene nu trebuie interpretate astfel încât să anuleze substanța dreptului de acces la justiție. Or, modul în care Curtea Constituțională a interpretat regulile privind termenele în speța de față a condus exact la un astfel de rezultat.*

crea premisele unui exces de putere în raporturile dintre particular și administrație, cea din urmă putând transforma tăcerea într-o armă de anihilare a oricăror pretenții subsecvente ale acestuia. Pasivitatea administrației ar constitui un „privilegiu” acordat acesteia, exercitat tocmai cu scopul ca scurgerea termenului și absența unui răspuns să conducă la o stingere iremediabilă a interesului legitim al particularului, care ar fi îndeplinit condițiile legale în vederea satisfacerii lor. Așa cum s-a pronunțat și doctrina în ceea ce privește posibilele semnificații ale tăcerii, este absolut illogic ca atitudinea de pasivitate a administrației să conducă la o situație iremediabilă, cu consecințe adesea catastrofale pentru particular: pierderea definitivă a dreptului său. Pentru aceasta este necesară o manifestare de voință expresă, un act administrativ. Tăcerea poate încălca un drept, neputând însă determina stingerea acestuia⁹⁴.

3. În cazul de față, nu numai că în interpretarea pe care o criticăm tăcerea administrației pare să conducă la stingerea vocației particularului de a-și valorifica un rezultat – vocație la a cărei satisfacere era în mod legitim îndreptățit - dar, mai mult, această tăcere conduce la îngrădirea dreptului particularului de a se adresa instanței de contencios administrativ, contrar legii fundamentale dar și legii în materie de organizare judiciară⁹⁵.

Astfel, nici unul dintre cele două considerente contradictorii la care ajunge instanța supremă nu este satisfăcător, dificultatea analizei având ca sursă, așadar, ambiguitatea creată prin soluția dată cauzei de față.

⁹⁴ Ov. PODARU, *Caducitatea actului juridic în dreptul public*, Ed. Hamangiu, București, 2019, p. 166.

⁹⁵ Potrivit art. 6 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, „(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime în exercitarea dreptului său la un proces echitabil. (2) Accesul la justiție nu poate fi îngrădit.”

III. Concluzie

Așadar, față de întreaga analiză dezvoltată mai sus, pare evident că soluția dată de Înalta Curte de Casație și Justiție este criticabilă, în orice manieră am privi-o. Pe de o parte, la nivel abstract, așa cum am arătat, nu se poate deroga printr-un regulament de la legea organică, chiar în măsura în care am identifica o delegare legislativă ca cea din speță, delegare care oricum este susceptibilă de neconstituționalitate. Din acest punct de vedere, un regulament va fi întotdeauna în **conflict** cu legea organică. Pe de altă parte însă, raportat la circumstanțele concrete ale speței, am constatat că, practic, regulamentul CSM nu înlocuiește vreo dispoziție din Legea nr. 554/2004 (deci nu reglementează în materia „organică” a contenciosului administrativ), având în vedere natura juridică diferită pe care o au termenul de 90 de zile și, respectiv, termenele reglementate de această lege; în concluzie, din această perspectivă, ele pot **conviețui**.

Însă dacă lucrurile nu se schimbă în jurisprudență, vocația magistratului la valorificarea rezultatelor concursului, în situații precum cea comentată, va rămâne una iluzorie!

FACILIS DESCENSUS AVERNO: WTO
DISPUTE SETTLEMENT AND TRADE-WARS -
IS THE WTO HEADING WHERE IT SHOULD?

DOI: 10.24193/SUBBIur.66(2021).1.4
Data publicării online: 25.06.2021

Botond-Zoltán PETRES*

Abstract: Trading is arguably the most important element of our modern society, and its importance in the globalized world is second to none. International commerce nowadays involves more complex supply chains, more sophisticated financial operations, and more economic agents. However, states do remain influential factors in that ecosystem, and together they create the framework of international trade. That framework is closely supervised and controlled by none other, than the World Trade Organization. Although, the creation of the WTO did not guarantee, that there would be no tensions between trading nations. Trade wars cause no surprise for an economist or lawyer assessing international trade. But did the most appropriate organization handle these trade wars right? In this article we will succinctly analyse the current framework and will try to answer whether the Dispute Settlement Mechanism (hereinafter ‘DSM’) is compatible with all the cases. There is no room for error: if there are certain cases where the DSM only aggravates the problem, then these cases have to be identified and have to be handled with special attention. We are familiar with the disruptive effects of a trade war; hence we are challenged to do our utmost to prevent them – and to rethink what, according to John H. Jackson, has to be a rule-based system.

* Botond-Zoltán PETRES is a fourth-year student at the Faculty of Law and a first-year master student at the Faculty of Economics and Business Administration, Babeş-Bolyai University, Cluj-Napoca. He can be contacted through his e-mail: botond-zoltan.petres@law.ubbcluj.ro. The author is indebted to Professor Elena Dana BAKO and Professor Alina OPREA for their kind support and supervision, as well as Patricia CÎMPIAN for her assistance. The author is thankful for the support by the *Collegium Talentum Programme* and by *ELTE Márton Áron College*. All errors remain the author’s own.

Keywords: WTO, Dispute Settlement Body, Dispute Settlement Mechanism, international economic law, trade-wars, supranational institution, international trade.

FACILIS DESCENSUS AVERNO:
REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'OMC
ET GUERRES COMMERCIALES - L'OMC VA-
T-ELLE OU ELLE DEVRAIT ALLER ?

Abstrait : Le commerce est sans doute l'élément le plus important de notre société moderne, et son importance dans le monde globalisé est unique. Le commerce international implique aujourd'hui des chaînes d'approvisionnement plus complexes, des opérations financières plus sophistiquées et plus d'agents économiques. Cependant, les États restent des facteurs influents dans cet écosystème et, ensemble, ils créent le cadre du commerce international. Ce cadre est surveillé et contrôlé par la célèbre organisation internationale, l'Organisation mondiale du commerce. La création de l'OMC n'a pas garanti toutefois qu'il n'y aurait pas de tensions entre les nations commerçantes. Les guerres commerciales ne surprennent pas un économiste ou un avocat évaluant le commerce international. Mais l'organisation la plus appropriée a-t-elle bien géré ces guerres commerciales ? Dans cet article, nous analyserons succinctement le cadre actuel et tenterons de déterminer si le mécanisme de règlement des différends (ci-après « DSM ») est compatible avec tous les cas. Il n'y a pas de place pour l'erreur : s'il y a des cas dans lesquels le DSM ne fait qu'aggraver le problème, alors ces cas doivent être identifiés et traités avec une attention particulière. Nous connaissons les effets perturbateurs d'une guerre commerciale ; par conséquent, nous sommes mis au défi de faire le mieux possible pour prévenir les guerres - et pour repenser ce qui, selon John H. Jackson, doit être un système fondé sur des règles.

Mots clés : OMC, organe de règlement des différends, mécanisme de règlement des différends, droit économique international, guerres commerciales, institution supranationale, commerce international.

Table of Contents

I.	Where we are now.....	106
II.	<i>C'est la guerre</i> – Trade-wars and the DSM	110
III.	'Nobody can bring you peace but yourself'	125
IV.	Conclusion	132

I. Where we are now

International commerce nowadays faces the mixture of interests of an increasing number of actors, such as states, international organizations, either governmental or non-governmental¹, and economic agents. Better than that, the interests of these actors are typically contrary to each other. We must also acknowledge that it is somehow multi-layered, as we can identify different types of motivations, having their roots in politics, economics, and law.

These interests must be reconciled in order to guarantee prosperity and to avoid their escalation. It was rather a conventional wisdom², that an international organization can enhance such reconciliation, if decentralized efforts fail to do so. Creating an international organization regulating trade was a serious post-war incentive of trade negotiators³, which was necessary as

¹ T. C. LAWTON and S. M. MCGUIRE, *Supranational governance and corporate strategy: the emerging role of the World Trade Organization*. International Business Review, Vol. 10 no. (2), 2001, pp. 217–218.

² J. GOWA, *Explaining the GATT/WTO: Origins and effects*. in Lisa L. MARTIN (ed.), *The Oxford Handbook of The Political Economy of International Trade*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 19.

³ A. NARLIKAR, *The World Trade Organization. A very short introduction*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 22.

those decentralized efforts failed. That incentive became reality, when the WTO was created⁴, and it was built upon a solid foundation, the organizational structure developed under⁵ the GATT⁶, which, to the contrary, deemed to be insufficient⁷. Nowadays, it is considered to be the most important ‘intergovernmental organization for world trade’⁸. Essentially, it is an umbrella organization⁹, supervising the making of trade policy, and its implementation, together with a supranational judicial organ¹⁰, the Appellate Body (hereinafter ‘AB’).

The AB is just an element of the DSM, which has as a main function the settlement of disputes, based on a procedure which involves case-specific panels¹¹. The DSM offers a ‘quasi-judicial’¹² procedure. The whole procedure cannot be described by homogeneity. First, there is a mandatory phase, where political negotiation takes place and the conciliation between the different perspectives. If that fails to produce a result, the issue will head to a Panel,

⁴ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1867 U.N.T.S. 154, 1994.

⁵ B. M. HOEKMAN, and M. M. KOSTECKI, *The political economy of the world trading System. The WTO and Beyond – 3rd Edition*. Oxford University Press, New York, 2009, p. 1.

⁶ General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-11, 55 U.N.T.S. 194

⁷ G. SHELL, *Trade legalism and international relations theory: An analysis of the World Trade Organization*. Duke Law Journal, Vol. 44, No. 5, 1995. pp. 831-832.

⁸ R. SCHAFFER, F. AGUSTI, and L. J. DHOOGHE. *International Business Law and Its Environment*. 10 ed., Cengage Learning, 2018, p. 237.

⁹ G. SHELL, *op. cit.*, p. 832.

¹⁰ E. A. YOUNG, *Supranational Rulings as Judgments and Precedents*, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 18, no. 2, 2008, p. 479

¹¹ F. P. RAMOS, *International and supranational law in translation: from multilingual lawmaking to adjudication*, The Translator, Vol. 20, No. 3, 2014, p. 314.

¹² N. GRMELOVÁ, *Interpretation of the Precautionary Principle by the WTO’s Dispute Settlement Body with Respect to the Sanitary and Phytosanitary Agreement*, in A. J. BELOHLAVEK and N. ROZEHNALOVA (eds.), *Czech Yearbook of International Law, Volume VIII*, Lex Lata, 2017, p. 118.

which can be rather assimilated with international arbitration¹³: there is a legally binding decision at the end of the procedure (which can only be set aside with the consensus of all the WTO member states), with a possibility to designate members to the panel, an increased confidentiality, and a stage promoting negotiation and settlement, leaving the process in the hands of the parties¹⁴. Lastly, the AB's phase is rather a ' [c]assation[']', not appeal' from the civil law's point of view¹⁵.

But, even 'the most dynamic of the present-day international tribunals'¹⁶ faces challenges. On one hand, the AB increases the public perception on WTO's legitimacy and improves the dispute settlement under the WTO¹⁷. On the other hand, there are certain differences in perspective over how dispute settlement shall work within the WTO¹⁸, and what the AB's role shall be. The U.S. blocks the appointment of new AB members, the term of

¹³G. ABI-SAAB, *The WTO dispute settlement and general international law*, in R. YERXA, and B. WILSON, *Key Issues in WTO Dispute Settlement. The first ten years*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 8.

¹⁴ Or, as usually stated in French, '*L'arbitrage est la chose des parties*'.

¹⁵ G. ABI-SAAB, *op. cit.*, p. 8. Stating, that 'The [AB] has a kind of supreme court jurisdiction'.

¹⁶ C. B. PICKER, *International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41, No. 4, 2008, p. 1111.

¹⁷ M. WAGNER, *The impending demise of the WTO Appellate Body: from centrepiece to historical relic?*, University of Wollongong, Faculty of Law, Humanities and the Arts – Papers, 2019. p. 1.

¹⁸ For an exhaustive list of contentious issues see M. WAGNER, *op. cit.*, p. 12 *et seq*; R. R. BABU, *WTO Appellate Body Overreach and the Crisis in the Making: A View from the South*, in Lo, C., NAKAGAWA, J. and CHEN, T., *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer, 2020, p. 93 *et seq.* and J. A. HILLMAN, *A Reset of the World Trade Organization's Appellate Body*, 2020, Available online at <https://www.cfr.org/report/reset-world-trade-organizations-appellate-body>, last accessed 01-11-2020.

office for the last sitting judge expires at 30th of November, 2020¹⁹. There are numerous scholars proposing the reform of this pillar of the organization²⁰, and among them there are even voices of incontestable authority²¹. Professor Hoekman and Professor Mavroidis argue that panel reports and the overall quality of the dispute settlement can be improved through a proper use of economics²². Yet, there are instances, when the leeway guaranteed by economic theory is insufficient, and neither the Dispute Settlement Rules²³ addresses these situations. A major part of these are the most energetic manifestations of tensions between states: trade wars.

Hereinafter, we will address trade wars, briefly reviewing the most important cases brought to the WTO involving those, and direct our attention to existing flaws when solving such a case. Then, suggestions of potential reforms shall be presented, in order to put the WTO to the place where it is meant to be: as the supranational governing body of international trade.

¹⁹Based on the information available at the website of the WTO, available at https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm, last accessed 01-11-2020.

²⁰R. R. BABU, op. cit., p. 99 *et seq.*; J. A. HILLMAN, op. cit.; M. WAGNER, op. cit., 19.

²¹B. M. HOEKMAN, and P. C. MAVROIDIS, *Party like it's 1995: Necessary but not sufficient to resolve WTO Appellate Body crisis*, 2019, Available online at Voxeu.org, last accessed 01-11-2020.

²²Idem.

²³Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401, 1994. Hereinafter 'DSU'.

II. *C'est la guerre* – Trade-wars and the DSM

Speaking of wisdoms, the view that commercial activity precludes wars²⁴ was a cornerstone of international affairs, on which major international organizations and even the European Union was built. Yet, the concept of war did not entirely disappear: there are voices referring to the post Cold War era as the ‘Trade War era’²⁵. We might have changed the scenery from battlegrounds to diplomatic roundtables, and switched instruments from arms to tariff and non-tariff measures and WTO litigation. Still, the broader concept of war is not absent from the international economical and political scenery: ‘[a] situation in which there is strong competition between opposing sides’²⁶. We might ask about the definition or characteristics of a trade war, but, a question with an importance infinitely higher remains the following: how should the WTO handle these?

Firstly, the question to be answered is whether a trade war falls under the category of a dispute, as set out by the Permanent Court of International Justice: ‘a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons’²⁷. The criteria, whether such a dispute is

²⁴ E. GARTZKE and J. J. ZHANG, *Trade and War*, in L. L. MARTIN (ed.), op. cit., p. 419.

²⁵ S. KOSHY, *From Cold War to Trade War: Neocolonialism and Human Rights*, Social Text, No. 58, 1999, p. 16.

²⁶ Based on one of the definitions in the Cambridge English Dictionary, available online, last accessed at 01-11-2020.

²⁷ *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, PCIJ. Ser. A., No. 2. para. 11, 1924. On the solution of disputes under international law, see Gy. FÁBIÁN, *Nemzetközi Jog*, Ed. Hamangiu, Bucharest, 2018, p. 183 *et seq.*; A. SPAIN, *Integration Matters: The Emerging Architecture of International Dispute Resolution*. University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 32, No. 1, 2010.

domestic, or international, is based on ‘the legal substance of the dispute’²⁸, and therefore, disputes referring to international law are international disputes. Under the WTO and within the international trading system we talk about trade disputes. However, according to a scholarly opinion²⁹, trade wars cannot be claimed to be trade disputes: a trade dispute is judicable within a given institutional framework, in our case, under the WTO³⁰. While a trade war can have its source in a trade dispute, it is based on what Professor Hur calls a ‘gloves off approach’³¹. Even if it is ‘conducted’ under the WTO DSM in form of multiple proceedings, or outside the system, it usually comes hand-in-hand with a flagrant disregard of the rules of international trade with the scope to achieve a certain economic³² or political goal.

Also, similarly with international disputes, it can be bilateral or multilateral. The problem is that the international economy under our current globalized system is essentially interdependent, and therefore even a bilateral trade war can become widespread. It is no wonder, that there are

²⁸ A. PETERS, *International dispute settlement: A network of cooperational duties*. European Journal of International Law, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 3-4.

²⁹ N. HUR, *Historical and strategic concern over the US–China trade war: will they be within the WTO?*, Journal of East Asia and International Law, Vol. 11 No. 2, 2018, p. 395

³⁰ Although, the issue of conflicting jurisdiction of international tribunals has a considerable scholarship, it goes beyond the limits of our assessment. For thorough analysis of the problem, see L. VAUGHAN, *Overlapping Jurisdiction in International Tribunals*, Australian Year Book of International Law, Vol. 20, 2000; J. PAUWELYN, L. E. SALLES. *Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions*. Cornell International Law Journal, Vol. 42, 2009.

³¹ N. HUR, op. cit., p. 395.

³² A. MATTOO and R. W. STAIGER, *Understanding trade wars*, in M. A. CROWLEY (ed.), *Trade war. The Clash of Economic Systems Endangering Global Prosperity*. CEPR Press, London, 2019, p. 33 *et seq.*

interpretations³³ linking even the UN Security Council to certain world trade wars, affecting the international trading system and indirectly peace.

Hereinafter, we will briefly address some of the most consistent trade wars of the past years, with a part of them addressed through (multiple) WTO proceedings. It is possible, that our current system for the solution of disputes ‘veered off track’³⁴. Can this be somehow reversed? We will try to present some crucial elements of these trade wars with the scope to analyze whether the DSM solves trade wars, or, which is more, has the necessary instruments to do so?

Somehow the most controversial dispute, which with its history, exceeds the WTO, is the conflict between the US and the EU³⁵ regarding **Airbus and Boeing**. It is easily the most illustrative case when it comes to trade wars: it started in the 1970s, both parties being conscious about their violations, which led to a trade agreement in 1992³⁶. An agreement was later on disregarded, and as a result, we had 5 different WTO proceedings³⁷ from 2004 onwards, and retaliation by both parties, which, as some suggests, only

³³ N. HUR, *op. cit.*, p. 395.

³⁴ M. A. CROWLEY, *Introduction*, in M. A. CRAWLEY, *op. cit.*, p. 7.

³⁵ The author has to highlight that, for the convenience of the reader, within our analysis we will solely refer to the European Union, even if, within a given WTO proceeding, one of the parties were formally the ‘European Communities’, and not its successor.

³⁶ D. A. IRVIN and I. PAVCNIK, *Airbus Versus Boeing Revisited: International Competition In The Aircraft Market*, Working Paper, Available on NBER: <http://www.nber.org/papers/w8648>, 2001, p. 2

³⁷ European Communities and Certain member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, DS316; United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, DS317; European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint), DS347; United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Second Complaint, DS353; and United States – Conditional Tax Incentives for Large Civil Aircraft, DS487.

aggravates the situation³⁸. It is one of the largest commercial disputes ever referred to the WTO, and one of the most expensive cases³⁹ as well. The dispute was triggered by the unusual trait of the large jet airliner market, and namely, that it 'is about as far as one can get from the standard trade theory paradigm of static constant returns and price-taking competition'⁴⁰, which led to government subsidies⁴¹ for both sides.

However, subsidies were addressed even by the bilateral agreement⁴² between the EU and the US. The problem was that the parties 'could not agree on important points and refrained from defining substantial and decisive terms'⁴³. The reason is obvious, as the agreement was rather political, and it hardly had economic foundation⁴⁴. So, the agreement was rather a delay of the upcoming conflict, which culminated in form of the WTO proceedings.

³⁸ See R. HUDEC, *Broadening the Scope of Remedies in the WTO Dispute Settlement: Issues and Lessons from the Practice of Other International Court and Tribunals*, 2000, pp. 21-22, available online at <http://www.worldtradelaw.net/document.php?id=articles/hudecremedies.pdf>, last accessed at 12-11-2020. ('In economic terms, the balancing rationale for retaliation is a fiction')

³⁹ N. MEIER-KAIENBURG, *The WTO's toughest case: An examination of the effectiveness of the WTO dispute resolution procedure in the airbus-boeing dispute over aircraft subsidies*. *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 71, No. 2, 2006, p. 194.

⁴⁰ R. BALDWIN and P. KRUGMAN, *Industrial Policy and International Competition in Wide-Bodied Jet Aircraft*, in R. BALDWIN (ed.), *Trade Policy Issues and Empirical Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1988. p. 45

⁴¹ J. SCHERPENBERG and N. HAUSSÉGUY, *The Airbus-Boeing Dispute: Not for the WTO to Solve*, German Institute for International and Security Affairs, SWP Comments, No. 30, 2005, p. 2.

⁴² H. ROBERTSON, *No Sign of Landing: Airbus, Boeing, the WTO, and the Expanding Large Civil Aircraft Battle*, Working Paper, 2018, p. 7. Available on SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3114942, last accessed at 01-11-2020.

⁴³ N. MEIER-KAIENBURG, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁴ C. E. BARFIELD, *Avoiding an Air War*, 2004, available online at <https://www.aei.org/articles/avoiding-an-air-war/>, last accessed 01-11-2020.

Yet, after more than 15 years of litigation, and tariffs imposed by the US⁴⁵, as well as tariffs underway to be imposed by the EU⁴⁶, we have no clairvoyance about a potential, **long-lasting** ‘peace’.

Professor Garten called it as early as 2005 that under the WTO sanctions will be levied upon both party⁴⁷, and that the WTO is not equipped to handle such a case. Concerns about the WTO not being a proper forum for the conflict were voiced by scholars⁴⁸. Although these voices, the proceedings were advancing, and as mentioned above, retaliation is in place in case of both parties. A retaliation which ‘[I]n economic terms (...) amounts to shooting oneself in the foot’⁴⁹. Even after a ‘settlement’, the trade-war is well underway, impacting our international trading system⁵⁰, without a prospect for a definitive solution inside the foreseeable future⁵¹. Negotiation and a new trade

⁴⁵ Press Release of the Office of the United States Trade Representative, 2019, available online at <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/october/us-wins-75-billion-award-airbus>, last accessed at 12-11-2020

⁴⁶ Press Release of the European Commission, 2020, available online at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2048, last accessed at 12-11-2020.

⁴⁷ J. GARTEN, *The Big Blowout: Why the Airbus-Boeing case could wreck the WTO, and how to stop it*, Newsweek International, 2005.

⁴⁸ N. MEIER-KAIENBURG, op. cit., p. 237 *et seq.*; J. SCHERPENBERG and N. HAUSSÉGUY, op. cit., pp. 4-5, the authors call the WTO a ‘secondary theater’ in the dispute, while they argue that a foreseeable retaliation of the parties is just an ‘impractical result’; Ö. ÇALIŞKAN, *An Analysis of the Airbus-Boeing Dispute From the Perspective of the WTO Process*, EGE Academic Review, Vol. 10, no. 4. 2010. pp. 1135-1137.

⁴⁹ M. BUSCH and K. PELC, Dispute Settlement in the WTO, in L. MARTIN (ed.), op. cit., p. 404.

⁵⁰ Ö. ÇALIŞKAN, op. cit., p. 1137.

⁵¹ S. CHANDA, *The Battle of the Big Boys: A Critical Analysis of the Boeing Airbus Dispute Before the WTO*, Working Paper, 2011, p. 17. Available on SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1944588, last accessed at 12-11-2020.

agreement might be a solution, as identified by some scholars⁵², but the WTO acting as a ‘judge’, rather than the controlling body of international trade does not really help.

The battle between Airbus and Boeing is not the only case rising the tensions in EU-US trade relations. There are at least four additional ‘mini trade wars’, based on the excellent economic analysis of Professor Breuss⁵³. The four cases to be analysed, while we remain assessing the dynamics of EU-US trade wars are the hormones case⁵⁴, the bananas case⁵⁵, the Foreign Sales Corporation case⁵⁶, and the steel case⁵⁷.

In the **hormones case**, unlike the Airbus-Boeing dispute, the initial violation of WTO law was unilateral, as we had a trade policy implemented by the EU and contested by both the US and Canada⁵⁸. Prior to the proceeding,

⁵² H. ROBERTSON, *op. cit.*, p. 25 *et seq.*; J. KIENSTRA, *Cleared for landing: Airbus, boeing and the WTO dispute over subsidies to large civil aircraft*. Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 32, No. 3. 2012. pp. 604-605.

⁵³ F. BREUSS, *WTO dispute settlement: an economic analysis of four EU-US mini trade wars—a survey*. Journal of Industry, Competition and Trade, Vol. 4, No. 4, 2004, pp. 282-309. BREUSS holds the economic impact of the cases under serious scrutiny and proposes certain modification in case of possible sanctions.

⁵⁴ European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), DS26, hereinafter the ‘hormones’ case.

⁵⁵ European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, DS27, hereinafter the ‘bananas case’.

⁵⁶ United States — Tax Treatment for ‘Foreign Sales Corporations’, DS108, hereinafter the ‘FSC case’.

⁵⁷ United States — Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products, DS252, hereinafter the ‘steel case’.

⁵⁸ S. BERMANN, *EC-Hormones and the Case for an Express WTO Postretaliation Procedure*, Columbia Law Review Vol. 107, No. 1, 2007. *passim*.

we had years when the parties negotiated for a settlement⁵⁹, but their endeavour did not produce tangible results. Some growth hormones were banned in 1981⁶⁰ due to food safety concerns⁶¹, and then, definitively in 1988 by the EU, which limited trade in case of meat and related products. Later on, the case reached the WTO in 1996, after a panel's establishment under the GATT was blocked by the EU⁶². The AB took a decision in the case, finding that the EU did violate WTO law. Of course, retaliation was implemented in this case too by both the US and Canada⁶³. Although, that did not bar the EU to maintain the conflict, as they did not even reconsider the ban⁶⁴, not to speak about reversing their decision, until a final, joint understanding was reached in 2013⁶⁵. Professor Princen talks about a 'relative ineffectiveness' of the WTO law, pointing out a trade-off in political costs⁶⁶ related to the reversal of the policy against disrespecting the WTO law, with the later being the 'more suitable' option for the EU. That alone speaks volumes of the multilateral, liberal trading system and its enforceability.

⁵⁹ J. PEEL, R. NELSON, and L. GODDEN, *GMO trade wars: the submissions in the EC-GMO dispute in the WTO*. Melbourne Journal of International Law, Vol. 6, 2005, p. 142.

⁶⁰ Council Directive 81/602/EEC of 31 July 1981 concerning the prohibition of certain substances having a hormonal action and of any substances having a thyrostatic action, Official Journal L222/32.

⁶¹R. BAILEY, *The looming trade war over plant biotechnology*. Cato Institute, 2002, p. 9

⁶² S. PRINCEN, *EC compliance with WTO law: the interplay of law and politics*. European Journal of International Law, Vol. 15, No. 3, 2004, pp. 567-568.

⁶³ F. Breuss, op. cit., p. 283; S. Bermann, op. cit., p. 139.

⁶⁴ S. PRINCEN, op cit., p. 570

⁶⁵ WT/DS26/29, Joint Communication from the European Communities and the United States, 2014,

⁶⁶ S. PRINCEN, op. cit., p. 570.

The **banana dispute**, or the ‘Trade case of the Decade’,⁶⁷ during the 1990s, began in 1993. Several postcolonial countries from Africa, the Caribbean and the Pacific area were beneficiaries of a preferential treatment for banana exports by some European countries⁶⁸. There was no harmonization of the treatment of bananas within the European Union, with several international treaties setting up the privileges for the abovementioned states, with the Fourth Lomé Convention⁶⁹ being the one in place at the moment the case was referred to the WTO. Furthermore, a five-year waiver⁷⁰ was adopted by the Contracting Parties of the GATT, pursuant to the request of the EU.

The WTO proceeding started in 1996, with the panels finding the EU’s practice illegal under WTO law⁷¹ as of 1997. The EU appealed the decision, but the AB upheld most of the considerations leading to the panel decision⁷². At that point, the EU either had to comply with the AB’s decision or it could possibly face sanctions. Consultations were requested by the EU, seeking a 15 months and one week period to implement the AB decision, which was later on granted through an arbitration procedure⁷³. However, as neither the US

⁶⁷ M. SALAS and J. JACKSON, *Procedural overview of the WTO EC-banana dispute*. *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, No. 1, 2000, p. 145.

⁶⁸ B. BRIMEYER, *Bananas, beef, and compliance in the world trade organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance from superpower nations*. *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 10, 2001. p. 147 as well as note 136.

⁶⁹ Forth ACP-EEC Convention on Lomé, 15 December 1989, 29 ILM 783, 1990.

⁷⁰ Zs. BESSKÓ, *Going Bananas over EEC Preferences: A Look at the Banana Trade War and the WTO’s Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 28, Issue 2, 1996, p. 265.

⁷¹ F. BREUSS, *op. cit.*, p. 290.

⁷² B. BRIMEYER, *op. cit.*, p. 149.

⁷³ M. SALAS and J. JACKSON, *op. cit.*, p. 152.

and neither the other South and Central American states were not satisfied by the implementation, a request for a new ruling was submitted, which led to the first instance⁷⁴ of a settlement and its implementation to be judged by a WTO Panel. As the EU tried to delay the second decision of the Panel on procedural grounds⁷⁵, the US asked for WTO authorization for tariff concessions to be suspended⁷⁶, covering trade in an amount of US \$520 million. An Arbitration procedure was requested to reassess the level of sanctions, which further delayed the process, leading to the US announcing 100% duties for this amount⁷⁷, leading to high-level political clashes between the two parties. Subsequently, the arbitration procedure determined the value of allowed retaliation to be substantially lower⁷⁸, issuing a decision when the Panel's retrial was well underway. The Panel's final decision declared that the EU did not comply with its obligations⁷⁹. The EU, however, did give in later on, for reasons⁸⁰ relating to the next phase of WTO negotiations and for the credibility of the WTO system, but the case evidenced the problem to determine the fair amount of retaliation, if imposed, and also the inequality of sanctioning power between developed and developing countries (such as Ecuador⁸¹, in the present case).

⁷⁴ B. BRIMEYER, op. cit., 150.

⁷⁵ Idem, p. 151.

⁷⁶ M. SALAS and J. JACKSON, op. cit., p. 158.

⁷⁷ B. BRIMEYER, op. cit., p. 151.

⁷⁸ M. SALAS and J. JACKSON, op. cit., p. 160.

⁷⁹ M. BRIMEYER, op. cit., p. 152

⁸⁰ F. BREUSS, op. cit., pp. 296-297.

⁸¹ For a comprehensive analysis, see J. SMITH, *Compliance bargaining in the WTO: Ecuador and the bananas dispute*, in J. ODELL (ed.), *Negotiating trade: Developing countries in the WTO and NAFTA*, Cambridge University Press, New York, 2006.

Another antagonism leaving a mark on the EU-US trade relations and on the international trading system was due to certain tax exemptions conferred for exporting companies from the US, which, as possible illegal export subsidies⁸² violated international obligations, and affected European companies. The **FSC** regime had a predecessor, namely the 'Domestic International Sales Corporations' rules⁸³, entering into force in 1971. This tax scheme, the so-called DISC, was referred to a Panel under the GATT, and the proceeding ended in 1981, with the Panel declaring it contrary⁸⁴ to the GATT. The EU, together with some other states requested consultations⁸⁵ in 1997, which led to the creation of a Panel after they could not reach an agreement with Washington. The EU emerged victorious, as the Panel confirmed the EU's perspective⁸⁶ at 8th of October 1999, which was upheld by the AB⁸⁷ as of 24th of February 2000. Later, a modified version of the FSC was enacted⁸⁸, which was once again contested by the EU. Moreover, the EU went forward with a possible retaliation in a quantum of roughly 4 billion dollars⁸⁹, the largest claim up until that point.

⁸² A. COMMINS, *World Trade Organization's Decision in United States - Tax Treatment for Foreign Sales Corporations: Round Three in the Transatlantic Tax Dispute*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 27, No. 2, 2001, p. 364

⁸³ B. HOCKING and S. MCGUIRE, *Government-Business Strategies in EU-US Economic Relation: The Lessons of the Foreign Sales Corporation Issue*, Journal of Common Market Studies, Vol. 40, No. 3, 2002, p. 450

⁸⁴ F. BREUSS, *op. cit.*, p. 297.

⁸⁵ A. COMMINS, *op. cit.*, pp. 365-366.

⁸⁶ H. CLARK, A. BOGRAN and H. HANSON, *The WTO Ruling on Foreign Sales Corporations: Costliest Battle Yet in an Escalating Trade War between the United States and the European Union*, Minnesota Journal of International Law. Vol. 3, 2001, p. 293.

⁸⁷ F. BREUSS, *op. cit.*, p. 297.

⁸⁸ A. COMMINS, *op. cit.*, p. 367.

⁸⁹ H. CLARK et. al., *op. cit.*, p. 294.

The WTO stalled⁹⁰ the retaliation until a decision was made by the second panel. The Panel confirmed the EU's standpoint, which was followed by an arbitration procedure determining the amount of retaliation⁹¹. The US was obviously disappointed with voices foreseeing its departure from the WTO⁹². A period of retaliation followed upon the authorization of the WTO on 7th of May 2003⁹³, which were in place for 2 years, until there was a mutually accepted implementation of a new regime as of May 2006⁹⁴. The saga went on for more than thirty years but, in this case, retaliation did help to some extent. However, the damage done in case of non-EU countries was never determined, levelling the playground only happened *ex nunc* for them. Also, it might be erroneous to declare that the country choosing to implement a WTO decision did it solely because of their 'utter respect' towards international trade. The five cases addressed by us were contemporary issues, meaning that a concession in one of them might just be interpreted differently when one looks at the bigger picture.

If the abovementioned examples were adhering to a conventional concept of a trade war, lasting for years if not for decades, and severely damaging economies on the way, the **steel case** could be rather labeled as a *blitzkrieg*. The first 'act of war' came from the US in March 2002, when protective import duties were imposed on 14 types of steel products⁹⁵, as a

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ F. BREUSS, op. cit., pp. 297-298.

⁹² H. CLARK et. al., op. cit., p. 312.

⁹³ F. BREUSS, op. cit., p. 298.

⁹⁴ https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds108_e.htm, Last accessed at 15-11-2020.

⁹⁵ H. MAHNCKE, *US Steel Tariffs and the WTO Dispute Resolution Mechanism*. Leiden Journal of International Law, Vol. 17, No.3, 2004, p. 615.

safeguard measure. The EU signalled its intention to challenge the duties in advance⁹⁶. Later on, besides formally stating its request to start a WTO procedure (along with 7 other states) it also introduced its own safeguard measures, targeting US steel products⁹⁷. As consultations led to no result, a WTO Panel was established, which ruled that the US measures were illegal⁹⁸. An appeal went forward by the US, with the AB condemning the measures⁹⁹ definitively. Due to the countermeasures and the WTO decision, the measures were voided¹⁰⁰ as of December 2003.

There is a narrative, which could state, that the world most powerful country had a proceeding against it at an international court, lost, and then complied¹⁰¹. However, before reaching an ecstasy, this narrative might miss some legal and political determinants of the result – as we all do in case of WTO decisions, when the motivation to comply ‘is not always genuine’¹⁰². A high domestic political motivation¹⁰³ was to be identified both in the introduction and the dismantling of these steel tariffs. Albeit, these political

⁹⁶ R. READ, *The EU-US WTO steel dispute: the political economy of protection and the efficacy of the WTO Dispute Settlement Understanding*, in N. PERDIKIS, R. READ (eds.), *The WTO and the regulation of international trade: Recent trade disputes between the European Union and the United States*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005, p. 156.

⁹⁷ F. BREUSS, *op. cit.*, p. 306.

⁹⁸ H. MAHNCKE, p. 615.

⁹⁹ Y. JUNG and E. KANG, *Toward an Ideal WTO Safeguards Regime-Lessons from US-Steel*. *The International Lawyer*, Vol. 38, p. 919.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 920

¹⁰¹ H. MAHNCKE, *op. cit.*, p. 616.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ F. BREUSS, *op. cit.*, p. 304. As, we shall not forget, that the measures imposed by the US were preceding the US presidential election, possibly with an aim to influence it, and were voided in ‘short time’ after it ended.

considerations were thought to be eliminated¹⁰⁴ from a rule-based system, the WTO was created to be. The steel case did not just demonstrate the contrary, but highlighted, that the EU is the only challenger¹⁰⁵ to limit the unilateral actions of Washington. Or, is it?

We shall not forget Beijing. Even that China was not an original member of the GATT (as it only had an observer status) or the WTO, it is a key player in international trade. That is illustrated best by the fact, that after the Chinese ascension to the WTO in 2001¹⁰⁶, China was involved in 251 WTO proceedings of the total 597 as of December 2020, a figure only topped by Japan, the EU, and the US. That is in line with an economic research, which finds, that outside of the economic capacity of a member state, the reliance on the DS is not affected by the length of membership in the given organization, but instead by its previous experiences with the procedure¹⁰⁷. Based on this, the abovementioned figure highlights a natural decision from China, as in order to benefit from the WTO membership and the possibilities of the DSM, it had to establish its own policies and patterns based on first-hand experience.

However, it remains a question whether under the current multilateral system there is a place for any action against blatantly protectionist policies. This is well illustrated by the infamous **China-US trade war**, or, more

¹⁰⁴ H. MAHNCKE, *op. cit.*, p. 623.

¹⁰⁵ R. READ, *op. cit.*, p. 172.

¹⁰⁶ Aimin CHEN, *China One Year After its WTO Entry*, in S. BAO, S. LIN, and C. ZHAO (eds.), *The Chinese Economy after WTO Accession*, Ashgate, Wiltshire, 2006, p. 17.

¹⁰⁷ H. W. LEE, *Legalization and dispute settlement benefits: The case of the GATT/WTO*, *Review of International Organizations*, Vol. 14., 2019, p. 502.

plastically, the battle between the ‘dragon’ and the ‘eagle’¹⁰⁸. Everything started when the current US administration started imposing high tariffs on certain products¹⁰⁹, relying on certain domestic regulations. The first two wave affected some third parties as well, but the tariffs war escalated mainly between China and the US, as China was willing to retaliate¹¹⁰. In two years, there were numerous occasions when tariff levels were increased or new tariffs were imposed, and as a result, the average tariff for 2/3 of Chinese products exported to the US rose from 3% to 20%, while, average tariff in case of nearly 2/3 of US products followed a similar trend, reaching 20.5%, upon being exported to China¹¹¹. The worth of these tariffs on each side easily surmounts any past trade conflict. Therefore, from a relation of co-dependence and symbiotic cooperation¹¹², we are heading towards a commercial Cool-war. Even if a global trade war¹¹³ seems evitable, the impacts of the conflict can likely spill over and change the WTO. Professor Bown¹¹⁴

¹⁰⁸ A. KUERSTEIN, *The Eagle And The Dragon: A Review Of Cool War: The Future Of Global Competition*, Denver Journal of International Law & Policy, Vol. 43, No. 3, 2015, p. 311, stating that ‘[t]he rapport between these two countries will likely determine their courses and that of international law and relations in general for decades to come.’

¹⁰⁹ T. A. ADEKOLA, *US–China trade war and the WTO dispute settlement mechanism*, Journal of International Trade Law and Policy, Vol. 18, Is. 3, 2019, p. 127 *et seq.*

¹¹⁰ N. HUR, *op. cit.*, p. 409.

¹¹¹ I. DOBOZI, *War And Peace In USA-China Trade*, Köz-gazdaság, Vol. 15, No. 1, 2020, p. 145-146. The article also contains an excellent analysis of trade balance and its role.

¹¹² S. PENCEA, *Us-China Trade War And Its Potential Consequences*, Revista de Economie Mondială, Vol. 11, No. 1, 2019, p. 5.

¹¹³ V. CÂMPEANU, *What Comes Next? A Global Trade War Or The Renegotiation Of Us Trade Agreements?*, Revista de Economie Mondială, Vol. 10, No. 1, 2018, p. 55 *et seq.*

¹¹⁴ C. P. BOWN, *The 2018 trade war and the end of dispute settlement as we knew it*, in M. CROWLEY (ed.), *Trade War: The Clash of Economic Systems Endangering Global Prosperity*, CEPR Press, 2019, p. 21.

reflects on this, while questioning whether the shortcomings of the dispute settlement caused the trade war or the trade war tore the DS system down?

The question stands, as, ‘le juge naturel’¹¹⁵ to reconcile between the parties could have been the WTO. China, besides entering a tariff war against the US, also tried to solve the issue within the multilateral trade regime, claiming, that the domestic regulation allowing the US contravenes WTO law¹¹⁶. A Panel report was circulated, but it was appealed by the US, and as we know it, due to the US block of new AB members’ appointment, there is little to no chance that the WTO procedure will be fruitful in the short-term. The DS in this case was a possibility to have a transparent process for the conciliation of contrary viewpoints upon trade technicalities, and thus preventing a ‘*full-blown trade war*’, which could take us back to the ‘*pre-GATT days of (...) unbridled foreign retaliation*’¹¹⁷.

In December 2019, a bilateral agreement was adopted, which meant that existing tariffs will be lowered by the US while new tariffs will not be adopted, and that China will export more to lower the negative US trade balance¹¹⁸. Also, the US Election in 2020 and its result can also serve as a potential source of hope. Contrarily, there are voices suggesting, that the actual solution of the trade war has nothing to do with trade balance, but with the different economic approaches¹¹⁹ and their coexistence within

¹¹⁵ Or, the English correspondent of the French concept, ‘the natural forum’ for a given dispute. See J. PAUWELYN, L. E. Salles, op. cit., p. 115.

¹¹⁶ United States – Tariff Measures on Certain Goods from China, DS543.

¹¹⁷ C. P. BOWN, *U.S.-China Trade Conflicts and the Future of the WTO*, Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 33, No. 1, 2009, p. 46.

¹¹⁸ I. DOBOZI, op. cit., 155.

¹¹⁹ N. HUR, op. cit., p. 411.

international trade. Nonetheless, the US chose a different path than the DSM, as they considered it ill-equipped against an alleged Chinese subsidization¹²⁰. Such a difference in economic approach is unavoidable, along with a contrast between the verdict of international economics and the domestic economic approach of a certain foreign policy, but solely that should not allow a member to ‘opt-out’ of dispute settlement. Moreover, the whole trade war might indicate the end of US leadership, and the damaged system of the WTO might not be able to handle global trade anymore, which is so much more¹²¹ than just the US.

Although, there are some other instances¹²², when a potential trade conflict could be rather characterized as a trade war, based on the intensity and the instruments used (which can go as far as a flagrant ignorance of WTO law or even binding WTO decisions) by the conflicting parties.

III. ‘Nobody can bring you peace but yourself’¹²³

On a short essay about trade wars, we shall also talk about peace. The economic doctrine is lately unequivocal about the fact, that the WTO

¹²⁰ C. P. BOWN, *The 2018 trade war...*, op. cit., p. 24.

¹²¹ C. P. BOWN, D. A. IRWIN, *Trump's Assault on the Global Trading System: And Why Decoupling from China Will Change Everything*, *Foreign Affairs*, Vol. 98, No. 5, 2019, p. 131.

¹²² Such as, for example, the dispute between Mexico and the US on cross-border trucking. See K. W. ALEXANDER, B. J. SOUKUP, *Obama's first trade war: The US-Mexico cross-border trucking dispute and the implications of strategic cross-sector retaliation on US compliance under NAFTA*, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28, 2010.

¹²³ The title of the chapter is a famous quote, see Ralph Waldo EMERSON, *Self Reliance*, available online at <https://archive.vcu.edu/english/engweb/transcendentalism/authors/emerson/essays/selfreliance.html>.

promotes trade¹²⁴, and that liberalization is beneficial for each involved party¹²⁵. Be that as it may, descending to hell might be much easier, against all the preference of traders and specialists of international trade. The WTO is ahead of a considerable reform, and it cannot be stressed enough what is at stake. It is a utopian assumption, that even after the current impasse will be over, there will be no incentives by different members to boycott the organization's functioning, mainly its DSM. Therefore, there is an urging need for safeguards. International trade might be a topic of domestic politics, but domestic politics shall not be a factor as important that it can eventually become a fly in the ointment.

First of all, it is questionable whether special cases, just as some we mentioned above need a special treatment, such as a different procedure, or, even special instruments, even though establishing a criterion might be challenging in the beginning. The system might function flawlessly, some cases might shatter it through weakening the authority of the Dispute Settlement Body and through questioning the efficiency of the procedure itself. That is recalled by Professors Hoekman and Kostecki, when they express, that *'the small number of high-profile disputes that do not get resolved – such as EC-Hormones – tend to obscure the many ways in which*

¹²⁴ A. SUBRAMANIAN, S.-J. WEI, *The WTO promotes trade, strongly but unevenly*, Journal of International Economics, Vol. 72, 2006, p. 173, claiming, that 'the GATT/ WTO has done a splendid job of promoting trade'; M. LARCH, J.-A. MONTEIRO, R. PIERMARTINI and Y. V. YOTOV, *On the effects of GATT/WTO membership on trade: They are positive and large after all*, WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2019-09, 2019, *passim*. Available online at <http://hdl.handle.net/10419/200403>.

¹²⁵ M. LARCH et. al., *op. cit.*, p. 17, setting it forth that *'GATT/WTO membership has increased trade between (...) non-member countries by about 88%'*.

*the WTO works well (...)*¹²⁶. The standard procedure might be based more upon consultation, and the parties might be responsible for how the case is conducted, but in certain issues the WTO shall have a more active role.

Secondly, in a strict relation with these special cases, we have to remind ourselves of possible remedies instituted by the DSU. First of all, retaliation is not a widespread phenomenon¹²⁷, as most of the disputes are solved without reaching the retaliation phase¹²⁸. Contrarily, most of the trade wars went against this current, as retaliation was a factor of a ‘cease-fire’. That perfectly falls into place, if we consider, that ‘[t]he sole aim of the WTO dispute settlement mechanism is to bring a member’s inconsistent measure into consistency with the WTO rules’¹²⁹. Albeit, there are certain problems within the current system of retaliation. As Breuss points it out, the level of possible retaliation is really hard to be determined in practice, and moreover, that ‘*the damage calculated by WTO arbitrators may finally be quite different from the overall economic impact*’¹³⁰. In addition, it favors larger countries because of their better access, and it also functions only *ex nunc*, past wrongdoings might go unpunished¹³¹. Moreover, the current form of retaliation is economically inefficient¹³². Hudec denies the existence of a

¹²⁶ B. M. HOEKMAN, M. M. KOSTECKI, *The political economy of the world trading System. The WTO and Beyond – 3rd Edition*. Oxford University Press, New York, 2009, p. 665.

¹²⁷ M. L. BUSCH and K. J. PELC, *op. cit.*, p. 404.

¹²⁸ C. P. BOWN, D. A. IRWIN, *op. cit.*, p. 131.

¹²⁹ T. A. ADEKOLA, *op. cit.*, p. 130.

¹³⁰ F. BREUSS, *op. cit.*, p. 307.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² B. MERCURIO, *Why compensation cannot replace trade retaliation in the WTO Dispute Settlement Understanding*, *World Trade Review*, Vol. 8, No. 2, 2009, p. 4.

balancing rationale, and points out, that retaliation is rather a political tool¹³³. We shall reflect on the ‘apparent irony’¹³⁴ of such a measure, accepted by an organization built on free trade, adding insult to injury.

Bearing these in mind, it comes as no surprise that numerous proposals were brought forward, such as a collective retaliation, or mandatory compensation¹³⁵. Built on an experience from the banana dispute (where Ecuador failed to retaliate¹³⁶), the steel case (which was a conflict too short to imply retaliations, but long enough to inflict an economic loss), or the trade-war between US and China (where without a retrospective monetary compensation the lost confidence might not be restored¹³⁷), a compensatory framework might be appealing. However, Mercurio¹³⁸ finds the Achilles heel of compensations, namely, that, compared with a trade sanction enforceable by a complainant, compensation has to be offered by the non-complying member, and a lack of cooperation might imply an additional mechanism for

¹³³ R. HUDEC, op. cit., p. 22.

¹³⁴ M. L. BUSCH and K. J. PELC, op. cit., pp. 404-405. One shall also mention that the ‘sanctioning power’ of the WTO is indirect, as it can only accept eventual ‘countermeasures’ (retaliation), which will be imposed by the states, participating in a given dispute settlement procedure, but there are no direct sanctions, imposed by the WTO – an idea which would be somehow contrary to the principles of international law.

¹³⁵ M. BRONCKERS, N. VAN DEN BROEK, *Financial compensation in the WTO – improving the remedies of WTO dispute settlement*, Journal of International Economic Law, Vol. 8 no. 1, 2005, pp. 106-107. We must also note that art. 22.1 institutes voluntary compensation besides trade retaliation.

¹³⁶ See Contribution of Ecuador to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding of the WTO, TN/DS/W/9, 2002, arguing that retaliation ‘inflict[s] greater injury on the complaining part’.

¹³⁷ T. A. ADEKOLA, op. cit., p. 131.

¹³⁸ B. MERCURIO, op. cit., p. 15.

enforcement. Also, Schaffer triggers a warning, namely, that ‘strong remedies could arm nationalists’¹³⁹.

So, where to, from here? We tend to believe that the current framework rather needs a fine tune, than a complete reshaping. If the procedure solves the majority of the disputes, and only some ‘outliers’¹⁴⁰ reach a point where a Panel or an AB decision is not enough, but some of these cases are not solved even after retaliation is put into place (such as the hormones case), or retaliation only escalates the problem (such as in the bilateral-retaliation of the Airbus-Boeing trade-war), then the most appropriate is to be concerned about these cases, and leave the system to function on other instances. In most of the cases, we are witnessing a situation, when ‘*[e]ach side wants to keep its sovereign prerogatives intact; each guards its sovereignty jealously*’¹⁴¹. However, guarding ones sovereignty sounds ridicule in a situation of an abuse¹⁴² of the DSM and its procedures. Therefore, the crucial modification, as the author sees it, is rather the elimination of potential escape clauses through what dispute settlement can be stalled, or even impaired. It might seem, that solving the issue of zeroing¹⁴³ and the current

¹³⁹ G. C. SHAFFER, *How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies*. ICTSD Resource Paper No. 5, 2003, p. 43.

¹⁴⁰ C. P. BOWN, S. KEYNES, *Why Trump shot the Sheriffs: The end of WTO dispute settlement 1.0*. Peterson Institute for International Economics Working Paper, (20-4), 2020, p. 10. On the same issue, see M. L. BUSCH and K. J. PELC, *op. cit.*, p. 402, reaching the conclusion that ‘[i]n truth, retaliation never happens’, as only 1 percent of the cases reaches this phase.

¹⁴¹ H. CLARK, *et. al.*, *op. cit.*, p. 317.

¹⁴² H. MAHNCKE, *op. cit.*, pp. 624-625.

¹⁴³ For an analysis of the conflict, see P. C. MAVROIDIS, T. J. PRUSA, *Die another day: Zeroing in on targeted dumping – Did the AB hit the mark in US-washing machines?*, *World Trade Review*, Vol. 17, 2018, p. 247 *et seq.* For a detailed analysis of zeroing, see C. P. BOWN, T. J.

AB blockage, ‘the shot sheriffs’¹⁴⁴, will bring back the former glory of the WTO. We just tend, to ignore, that as nations compete under an international trade regime, incentives of potential trade skirmishes, providing just small gains will always be pursued. The majority of these reach a nonviolent conclusion, and even if they do not increase trade¹⁴⁵, they might optimize international economy through gains of efficiency. However, there should be a room for error for the WTO too: conferring a possibility to effectively counteract the small minority, where the parties are not afraid to go for ‘blood’.

As a potential orientation towards compensation or retaliation is unclear yet, we know that ‘neither remedies the problem of the offending industry escaping [‘]punishment[’] while an innocent industry suffers’¹⁴⁶. But what if we try to eliminate potential consequences in advance, so that no temporary advantage can be gained, during a lengthy procedure? The WTO shall have a mean to allow the temporary suspension of concessions, prior to a binding decision, if a certain doubt exists over the legality of the measures, or, more easily, if the measures are flagrantly against the WTO law. That has the possibility to level the playground at a much earlier moment of a WTO procedure’s life cycle, while also limits the potential damages and trade distortion caused. This variant might also be more easy to implement than a potential retrospective monetary compensation¹⁴⁷, even if certain Free Trade

Prusa, *U.S. Anti-dumping: Much Ado about Zeroing*, in W. MARTIN, A. MATTOO (eds.), *Unfinished Business? The WTO’s Doha Agenda*, CEPR and The World Bank, 2011, *passim*.

¹⁴⁴ S. CHAUDOIN, J. KUCIK, and K. PELC, *Do WTO disputes actually increase trade?*. *International Studies Quarterly*, Vol. 60, No. 2, 2016, p. 305.

¹⁴⁵ C. P. BOWN, S. Keynes, *op. cit.*, p. 22

¹⁴⁶ B. MERCURIO, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁷ T. A. ADEKOLA, *op. cit.*, p. 132.

Agreements¹⁴⁸ adopted such a solution, it might be a long-shot to expect a political consensus in that sense.

A proactive role is perhaps against the current legal nature of the DSM, and a proactive approach, as an idea might cause controversy. However, a long-lasting phase of retaliation is in favour of none. After all, we are talking about international trade, due to the multiplicity of interests, an action shall not be deemed *forever* in the hand of the parties. Whenever a binding decision is reached, the WTO might be required to step-in, and call the Legislative Arm to action¹⁴⁹. A binding decision does not serve as a perfect cure, even if retaliation starts to be applied, as demonstrated by the Airbus-Boeing case, or by the hormones case, due to the fact that there is no *stare decisis*. Decisions do come part of the practice but, as suggested, an individual decision might not be suitable for every situation, even if the AB tends to 'engage in far-reaching interpretations'¹⁵⁰. A final say of the members, without their possibility to veto a decision, might reduce criticism towards the AB, and increase the incentive to comply with the rules of the organization, as further negotiations and the creation of norms would remain in their hands.

¹⁴⁸ See Article 22.15 of the agreement between US and Chile, or Art. 20.11 (5) of the agreement between US and Morocco.

¹⁴⁹ M. WAGNER, *The impending demise of the WTO Appellate Body: from centrepiece to historical relic?*, Faculty of Law, Humanities and the Arts - Papers. 4020. 2019, *passim*. Available online at <https://ro.uow.edu.au/lhapapers/4020>, last accessed at 01-12-2020.

¹⁵⁰ A. NARLIKAR, *op. cit.*, p. 94

IV. Conclusion

The WTO and its DSM can be compared with the jewel of the crown of the globalized international trade. States do tend to preserve their interests and chase the finest of margins, but only in exceptional cases they arrive to a situation where there is no going back. In such an extreme moment, it is inappropriate to leave the organization called to decide the issue without proper instruments. The fight against a procedure with more checks and fewer loopholes is a fight for a world where rules and principles, and not 'size and economic power'¹⁵¹ decide. A possibility to solve such issues is not a limitation of sovereignty and the triumph over principles of international law, but a mean to preserve balance¹⁵² between trading countries, and ensuring a hegemony of trade, and a hegemony of prosperity.

¹⁵¹C. P. BOWN, D. A. IRWIN, *op. cit.*, p. 132.

¹⁵² M. MATSUSHITA, *A View on Future Roles of The WTO: Should There be More Soft Law in The WTO*. *Journal of International Economic Law*, Vol. 17, no. 3, 2014, p. 715.

ARTICOLE

SCRISOAREA DE GARANȚIE BANCARĂ –
TITLU EXECUTORIU? OPINIE CE ÎI PUTEA FI
ADRESATĂ ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI
JUSTIȚIE – DOSARUL NR. 643/1/2021

DOI: 10.24193/SUBBiur.66(2021).1.5
Data publicării online: 25.06.2021

Adrian TAMBA*

Motto: Ceva ce putea fi, dar, efectiv, n-a fost ...

Rezumat: Opinia noastră sau, dacă ne este îngăduit să-i spunem astfel, cercetarea noastră debutează cu câteva aspecte introductive. Ea continuă cu o a doua secțiune, în care cititorul va observa un soi de dialog între APIA și First Investment Bank AD; cele două entități au discutat pe următoarea temă: ar trebui să fie întrebată ÎCCJ dacă scrisoarea de garanție este titlu executoriu? A treia secțiune evidențiază că o instanță română a hotărât să se adreseze ÎCCJ, astfel încât cea din urmă să stabilească răspunsul la interogația expusă. În secțiunea a patra, încercăm să stabilim dacă art. 120 din OUG nr. 99/2006 i se aplică unei scrisori de garanție. În cea de-a cincea, concluzionăm că art. 120 îi poate fi aplicat unei scrisori de garanție, dar numai dacă contractul de bază este unul de credit. A șasea secțiune subliniază decizia ÎCCJ și se încheie cu niște hrană pentru minte.

*Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca.

Cuvinte cheie: scrisoarea de garanție, titlu executoriu, contract de bază, contract de credit.

THE LETTER OF CREDIT - IS IT AN
ENFORCEABLE INSTRUMENT? AN OPINION
THAT COULD HAVE BEEN SENT TO THE
HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE -
CASE NO. 643/1/2021

Abstract: My 'opinion' or, if I may call it so, research begins with a few introductory remarks. It continues with a second section, where the reader may notice a kind of dialogue between APIA and First Investment Bank AD; the two entities discussed whether the Romanian Supreme Court should be asked a question: is the letter of credit an enforceable legal instrument? The third section points out that a lower Romanian court decided that the High Court must intervene, and answer said question. In the fourth section, I try to establish if art. 120 of the Romanian Government's Ordinance no. 99/2006 applies to a letter of credit. In the fifth one, I highlight that art. 120 of Ordinance no. 99/2006 may be applied to a letter of credit, but only if the underlying contract is a credit contract. The sixth section shows what Romania's Supreme Court decided, and ends with some food for the thought.

Key words: letter of credit, enforceable instrument, underlying contract, credit contract.

Cuprins

I.	Aspecte introductive	135
II.	Agencia de Plăți și Intervenție în Agricultură (<i>i.e.</i> , APIA) v. First Investment Bank AD. Apelul ivit în fața Tribunalului București – Secția a V-a Civilă. Dialogul litiganților pe marginea sesizării ÎCCJ în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile (<i>i.e.</i> , HP)	136
III.	Tribunalul București – Secția a V-a Civilă și hotărârea sa de a sesiza ÎCCJ139	
IV.	I se aplică art. 120 din OUG nr. 99/2006 unei scrisori de garanție, astfel încât scrisoarea cu pricina să fie titlu executoriu?	140
V.	Însemnări concludive	146
VI.	Decizia Casație române (deocamdată nemotivată).....	147

I. Aspecte introductive

Din capul locului, simțim nevoia unor precizări. Opinia sau cercetarea de față a fost redactată înainte ca instanța supremă a României să-și pronunțe soluția cu privire la caracterul de titlu executoriu al scrisorii de garanție. Ea este, deci, *ante factum*, chiar dacă este publicată *post factum* (*i.e.*, după ce a intervenit rezolvarea Înaltei Curți). Încă ceva: anterior dezlegării emanate de la curtea supremă, opinia noastră a fost dezbătută și, pe alocuri, criticată în cadrul Departamentului de Drept Privat al Facultății de Drept a Universității Babeș-Bolyai. Sigur, ține de forța evidenței că paragraful nr. 6 a fost scris după ce am parcurs minuta deciziei nr. 43, ivită în ședința din 7 iunie 2021 a ÎCCJ.

Înalta Curte de Casație și Justiție (*i.e.*, ÎCCJ) a fost sesizată de Tribunalul București – secția a V-a Civilă cu următoarea problemă de drept: „din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 120 din O.U.G. nr.

99/2006, art. 2279 și art. 2321 Cod civil 2009 se poate reține caracterul de titlu executoriu al scrisorii de garanție bancară?”¹.

Pe rolul ÎCCJ – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept a fost înregistrat dosarul nr. 643/1/2021. Obiectul acestui dosar este sesizarea ce emană de la Tribunalul București, prin care ÎCCJ este solicitată să dezlege problema de drept enunțată în paragraful precedent.

În virtutea art. 520 alin. (11) și 516 alin. (6) C.proc.civ., specialiștii Facultății de Drept a Universității Babeș-Bolyai au fost rugați de ÎCCJ să o asiste în dezlegarea problemei de drept vizată de dosarul nr. 643/1/2021. Altfel formulat, experților pomeniți li s-a cerut opinia scrisă cu privire la problema de drept supusă atenției ÎCCJ.

II. Agenția de Plăți și Intervenție în Agricultură (*i.e.*, APIA) *v.* First Investment Bank AD. Apelul ivit în fața Tribunalului București – Secția a V-a Civilă. Dialogul litiganților pe marginea sesizării ÎCCJ în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile (*i.e.*, HP)

Tribunalul București – secția a V-a Civilă – s-a confruntat cu apelul formulat de APIA (*i.e.*, apelanta-creditoare) împotriva sentinței civile nr. 1672 din 2 aprilie 2019 a Judecătoriei Sectorului 1 București. Entitatea-adversară a APIA este First Investment Bank AD (*i.e.*, intimata-contestatoare). Sentința civilă atacată de APIA a fost pronunțată în dosarul nr. 34108/299/2013, ce avea ca obiect contestație la executare – suspendare executare silită.

¹ A se vedea, <https://www.scj.ro/CMS/o/PublicMedia/GetIncludedFile?id=23159> (Ultima accesare: 12 martie 2021).

Cu ocazia apelului, în ședința publică din 27 noiembrie 2020, apelanta-creditoare a cerut sesizarea ÎCCJ pentru ca instanța supremă să dezlege următoarea chestiune de drept: *oare este scrisoarea de garanție un titlu executoriu?*

Apelanta-creditoare este de părere că scrisoarea de garanție este titlu executoriu, așa cum rezultă din două texte legale (*i.e.*, art. 120 din OUG nr. 99/2006 și art. 2321 C. civ.). APIA a insistat că scrisoarea de garanție bancară este un act căruia art. 120 din OUG nr. 99/2006 îi recunoaște caracterul de titlu executoriu. Agenția a mai subliniat că, ținând cont de art. 2279 și 2321 C.civ., acest tip de scrisoare este o garanție autonomă, respectiv un contract bancar de garanție personală.

Intimata-contestatoare (*i.e.*, First Investment Bank AD) și-a dorit respingerea cererii de sesizare a ÎCCJ. Banca a fost de părere că nu sunt îndeplinite exigențele legale pentru intervenția ÎCCJ. First Investment Bank a opinat că este absent caracterul de noutate (*i.e.*, o condiție impusă de art. 519 C.proc.civ. pentru „activarea” ÎCCJ). Banca a mai precizat că, în disputa în care este implicată alături de APIA, ne aflăm în prezența unei scrisori de garanție inclusă într-un contract de furnizare. Conform băncii, o asemenea scrisoare nu poate fi titlu executoriu. Intimata-contestatoare este convinsă de faptul că nici contractul de furnizare și nici scrisoarea de garanție nu sunt titluri executorii; în ochii First Investment Bank, art. 1766 C.civ. nu stabilește că contractul de furnizare ar fi titlu executoriu; la fel, ne informează banca, art. 2321 C.civ. nu statornicește calitatea de titlu executoriu al scrisorii de garanție.

După mintea noastră, nu ar strica să redăm o porțiune din afirmația First Investment Bank, astfel cum poate fi lecturată în încheierea din 27 noiembrie 2020 a Tribunalului București; iată propriile cuvinte ale băncii:

„[e]ste vorba de o scrisoare de garanție inclusă în contractul de furnizare [;]
[o] **astfel de scrisoare** (s.n., A.T.) nu poate fi considerată titlu executoriu ...”. Asemenea vocabule lasă să se înțeleagă că First Investment Bank neagă caracterul de titlu executoriu al unei scrisori de garanție specifică (*i.e.*, cea din speță, situată într-un contract de furnizare); banca acceptă că, în alte cazuri, scrisoarea de garanție poate fi un titlu executoriu. Desigur, presupunând că art. 120 din OUG nr. 99/2006 este aplicabil unei scrisori de garanție², ea va fi titlu executoriu de fiecare dată când este emisă de o bancă (*i.e.*, de o instituție de credit), neavând importanță unde este inserată scrisoarea de garanție³;

² O precizare, credem, ar prinde bine: garanția autonomă mai este numită garanție la prima cerere, garanție independentă și scrisoare de garanție. A se vedea, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 3^e édition, PUF, Paris, 2008, p. 234, nr. 135. Așadar, expresiile „*scrisoare de garanție*” (art. 2321 C. civ. român) și „*garanție autonomă*” (art. 2321 C. civ. francez) sunt sinonime.

³ First Investment Bank pretinde că „*în principiu, raporturile din scrisoarea de garanție sunt independente față de raporturile de fond, însă aceasta este o normă din Codul civil care are natură dispozitivă, părțile putând să deroge de la această regulă ...*”. Banca sugerează că autonomia sau independența scrisorii de garanție nu este crucială, părțile putând stabili altceva. O astfel de sugestie este complet inexactă. Autonomia scrisorii de garanție exprimă, în mod veritabil, specificitatea acestei garanții și constituie inima sa; ea este opusul caracterului accesoriu al fideiusiunii. A se vedea, Ph. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e edition, LexisNexis, Paris, 2015, p. 932, nr. 915. Autonomia semnifică că, în afară de ipoteza abuzului, garantul (*i.e.*, emitentul scrisorii de garanție) trebuie să-și execute angajamentul (*i.e.*, trebuie să plătească suma din scrisoare), fără să-i poată opune beneficiarului scrisorii aspecte precum nulitatea contractului de bază (*i.e.*, a raportului de fond), rezoluțiunea sau rezilierea acestuia ori neexecutarea convenției de bază, chiar dacă neexecutarea ar fi generată de culpa creditorului, de fapta unei autorități publice sau de forța majoră. A se vedea, Ph. SIMLER, *op.cit.*, p. 936, nr. 919.

În urmă cu aproape 40 de ani, Casația franceză a decis că angajamentul asumat de o bancă față de o societate de a o plăti pe cea din urmă la prima și simpla cerere, așa încât să fie garantată executarea obligațiilor contractuale ale unui terț, nu constituie o fideiusiune, ci o garanție autonomă; astfel, băncii îi era interzis să se prevaleze de excepțiile pe care societatea debitoare i le putea opune societății beneficiare a garanției și care țineau de neexecutarea contractului (de bază) care le unea pe cele două societăți. A se vedea, *Com. 20 déc. 1982*, in G. WIEDERKEHR *et al.*, *Code civil annoté*, 118^e édition, Dalloz, Paris, 2018, p. 2699. Decizia curții supreme a Franței ne ajută să pricepem cât de mult conțază autonomia scrisorii de garanție: banca-

având în vedere că în litigiul dintre APIA și First Investment Bank, din câte ne dăm seama, nu s-a pus problema ca garanția să fie prost intitulată „scrisoare de garanție” și să reprezinte, de fapt, o fideiusiune⁴, noi presupunem (*i.e.*, plecăm de la premisa) că avem de a face cu o veritabilă scrisoare de garanție.

III. Tribunalul București – Secția a V-a Civilă și hotărârea sa de a sesiza ÎCCJ

Printr-o încheiere din 22 decembrie 2020, Tribunalul București a dispus sesizarea ÎCCJ cu soluționarea chestiunii de drept, pe care noi am pus-o în lumină mai sus (*supra.*, I). În ciuda invitației ce îi este adresată de art. 520 alin. (1) C.proc.civ., completul de judecată nu și-a exprimat părerea cu privire la rezolvarea problemei de drept, deoarece nu a vrut să cadă în păcatul antepronunțării.

În sfârșit, Tribunalul București ne avertizează că scrisoarea de garanție despre care se discută nu a fost emisă pentru garantarea unui contract de credit, ci pentru „buna execuție” a unui contract de furnizare de ulei de floarea soarelui, încheiat între APIA și societatea bulgară VI EM Corporation EOOD. Așadar, contractul de bază⁵ nu a fost unul de credit, ci o convenție de furnizare.

emitent nu poate utiliza apărări sprijinite pe contractul de bază, așa cum ar fi neexecutarea convenției.

⁴ Casația franceză are obiceiul să recalifice actul într-unul de fideiusiune, în clipa în care, în ciuda utilizării formulelor „garanție autonomă” sau „plată la prima cerere”, pare că garantul își asumă, în realitate, chiar datoria debitorului principal. A se vedea, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e edition, Sirey, Paris, 2020, p. 395-396, nr. 566.

⁵ Contractul de bază este cel care îi leagă pe ordonator și pe beneficiarul scrisorii de garanție. A se vedea, Y. PICOD, *op.cit.*, p. 235, nr. 136. Foarte pe scurt, iată cum stau lucrurile în relația APIA - VI EM Corporation EOOD - First Investment Bank. Contractul de bază (*i.e.*, convenție de

IV. I se aplică art. 120 din OUG nr. 99/2006 unei scrisori de garanție, astfel încât scrisoarea cu pricina să fie titlu executoriu?

Art. 120 din OUG nr. 99/2006 sună în felul următor: „contractele de credit, inclusiv contractele de garanție reală sau personală, încheiate de o instituție de credit constituie titluri executorii”.

Trei aspecte trebuie analizate, în măsura în care dorim să stabilim dacă art. 120 din OUG nr. 99/2006 îi poate fi aplicat unei scrisori de garanție: **(a)** este scrisoarea de garanție o așa-numită garanție personală? **(b)** presupunând că răspunsul la întrebarea (a) este afirmativ, ce natură are scrisoarea de garanție (*i.e.*, contract sau act unilateral)? Cu privire la interogația (b), este imperativă natura contractuală a scrisorii de garanție, întrucât art. 120 face vorbire despre contracte de garanție (reală sau personală) și doar contractele intră în câmpul său de aplicare, nicidecum actele unilaterale; **(c)** în contextul unei scrisori de garanție, impune art. 120 ca contractul de bază să fie exclusiv unul de credit? Aici, un răspuns afirmativ ar avea această implicație: art. 120 din OUG nr. 99/2006 va fi cu puțință de aplicat numai și numai când convenția dintre ordonator și beneficiar este una de credit, textul nefuncționând într-o situație precum relația contractuală dintre APIA și societatea bulgară VI EM Corporation EOOD (contractul de bază dintre cele două entități, după cum ne anunță Tribunalul București, este unul de furnizare, nu de credit).

furnizare de ulei de floarea soarelui) s-a încheiat între VI EM Corporation EOOD (*i.e.*, ordonatorul scrisorii de garanție) și APIA (*i.e.*, beneficiarul scrisorii de garanție). First Investment Bank este banca-emitent al scrisorii de garanție.

(a) Este scrisoarea de garanție o așa-numită garanție personală? Răspunsul la o asemenea întrebare nu poate fi decât „da”! Art. 2279 C.civ. scoate în lumină că garanțiile autonome (e.g., scrisoarea de garanție de la art. 2321 C.civ.) sunt garanții personale. Așadar, scrisoarea de garanție este o garanție personală, alături de alte două garanții reglementate de Codul civil [i.e., scrisoarea de confort (i.e., cealaltă garanție autonomă și personală) și fideiusiunea].

(b) Ce natură are scrisoarea de garanție (i.e., contract sau act unilateral)? Doctrina română stabilește că scrisoarea de garanție este un contract, perfectat între emitentul scrisorii și beneficiarul acesteia⁶. Autorii francezi, la rândul lor, ne învață că garanția autonomă (i.e., scrisoarea de garanție) ar fi un contract⁷. Casația franceză, în mod explicit, califică garanția autonomă (i.e., scrisoarea de garanție) drept contract⁸.

Până aici, am stabilit că scrisoarea de garanție este o garanție personală [*supra.*, **(a)**] și, totodată, ea poate fi privită ca un contract [*supra.*, **(b)**]. Una peste alta, putem spune, cu destulă siguranță, că scrisoarea de garanție este un contract de garanție personală. Astfel stând lucrurile, până în acest punct, ea poate fi supusă art. 120 din OUG nr. 99/2006, text ce discută, *inter alia*, de contracte de garanție personală.

⁶ A se vedea, S. I. VIDU, *Garanțiile executării obligațiilor*, in L. POP, I.-Fl. POPA, S. I. VIDU, *Drept civil. Obligațiile*, ediția a II-a, Universul Juridic, București, 2020, p. 623, nr. 551; P. VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, ediția a 2-a, Hamangiu, București, 2017, p. 145; R. RIZOIU, *Curs de garanții civile*, Hamangiu, București, 2020, p. 259, nr. 113 și p. 273, nr. 117.

⁷ A se vedea, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 294, nr. 298; Ph. SIMLER, op.cit., p. 923, nr. 903; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), *Les sûretés personnelles*, LGDJ, Paris, 2010, p. 907, nr. 1258.

⁸ A se vedea, Ph. SIMLER, op.cit., p. 924, nr. 903 și nota de subsol nr. 37.

(c) În contextul unei scrisori de garanție, impune art. 120 din OUG nr. 99/2006 ca contractul de bază să fie exclusiv unul de credit? Poftim porțiunea crucială din art. 120: „*contractele de credit, inclusiv contractele de garanție (...) personală, încheiate de o instituție de credit constituie titluri executorii*”.

Întâi și întâi, vom stabili cum se prezintă situația juridică, atunci când suntem în compania unei scrisori de garanție. Încercăm să expunem o situație cât mai simplă. Astfel, va trebui să observăm trei⁹ contracte: (1) contractul zis „de bază” (e.g., o vânzare)¹⁰, ce se încheie între beneficiar și ordonator¹¹; (2) contractul de credit ce îi leagă pe garant (i.e., emitentul scrisorii de garanție) și pe ordonator¹²; (3) scrisoarea de garanție însăși, i.e., contract perfectat între beneficiar și garant (i.e., emitent)¹³. Trihotomia „*contract de bază - contract de credit - scrisoare de garanție*” poate fi observată indiferent că ne aflăm pe terenul dreptului comerțului internațional¹⁴ (e.g., ordonatorul este bulgar, garantul-emitent este bulgar, iar beneficiarul este român) sau pe cel al

⁹ Yves PICOD scrie: coexistă două contracte, anume, contractul de garanție (dintre ordonator și garant) și contractul de bază (care îi leagă pe ordonator și pe beneficiar). A se vedea, Y. PICOD, op.cit., p. 235, nr. 136. Autorul are perfectă dreptate când zice că contractul de bază îi înlănțuie pe ordonator și beneficiar. El însă se înșală când afirmă că contractul de garanție (i.e., scrisoarea de garanție sau garanția autonomă) se încheagă între emitent (garant) și ordonator; un contract de garanție personală se formează între creditor și garant, nu între debitor și emitent; deci, scrisoarea de garanție îi are ca părți pe beneficiar (i.e., creditorul din contractul de bază) și pe garantul-emitent.

¹⁰ A se vedea, P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles et réelles*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 225, nr. 446.

¹¹ P. TAFFOREAU, op.cit., p. 226, nr. 446-1 (a se vedea figura plasată sub expresia „*garantie autonome*”). A se vedea și Y. PICOD, op.cit., p. 235, nr. 136.

¹² A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, op.cit., p. 994, nr. 1372.

¹³ A se vedea, S. I. VIDU, *Garanțiile executării obligațiilor*, in L. POP, I.-Fl. POPA, S. I. VIDU, op.cit., p. 623, nr. 551.

¹⁴ La p. 225, nr. 446 și la p. 226, nr. 446-1 (i.e., pagini și paragrafe citate de noi), aflate în lucrarea „*Droit des sûretés. Sûretés personnelles et réelles*”, autorul Patrick TAFFOREAU pare să se așeze pe tărâmul dreptului comerțului internațional.

dreptului intern (e.g., ordonatorul, garantul-emitent și beneficiarul sunt români).

Referitor la scrisoarea de garanție, importanța de căpătâi îi aparține contractului de bază, întrucât această scrisoare garantează o creanță nonpecuniară (e.g., livrarea unor produse) ori pecuniară (e.g., prețul unei cesiuni) din contractul de bază; așa fiind, în vederea aplicării art. 120 din OUG nr. 99/2006, ne pare crucial să stabilim ce fel de contract de bază are în vedere textul din ordonanță. Convenția de credit, dintre garant (i.e., emitent) și ordonator, este relația pe care majoritatea autorilor se sprijină pentru a fundamenta regresul personal al garantului contra ordonatorului¹⁵ [art. 2321 alin. (4) C. civ.].

Un autor este convins că „scrisoarea de garanție bancară se încadrează în mod indubitabil în art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006 (...), rezultând în mod neîndoielnic faptul că aceasta constituie titlu executoriu”¹⁶.

Radu Rizoiu citează o porțiune a art. 120 din OUG nr. 99/2006 și trage încheierea că „o garanție autonomă (precum scrisoarea de garanție – n.n., A.T.) emisă de o instituție de credit va reprezenta titlu executoriu”¹⁷. Profesorul Rizoiu scoate în lumină că textul (i.e., art. 120 din OUG nr. 99/2006) nu distinge între ipoteza în care garanția autonomă (e.g., o scrisoare de garanție) garantează un credit acordat de instituția de credit și cea în care garantează altceva¹⁸; tot ceea ce pare să conteze pentru profesorul Rizoiu este ca garanția autonomă să fie un contract încheiat de o instituție de

¹⁵ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, op.cit., p. 994, nr. 1372.

¹⁶ V. BARBU, *Scrisoarea de garanție bancară instrument de plată – titlu executoriu*, Revista Universul Juridic nr. 2/2017, p. 71.

¹⁷ R. RIZOIU, op.cit., p. 235, nr. 105.

¹⁸ A se vedea, R. RIZOIU, op.cit., p. 235, nr. 105.

credit, fiindu-i total indiferent în favoarea cui este emisă garanția, care este contractul de bază și cine este beneficiar.

Tribunalul București, Secția a IV-a civilă, s-a confruntat cu următoarele fapte: o scrisoare de garanție a fost emisă de DP H. S.A. pentru a garanta față de beneficiarul U.Ț.B. S.A. că cesionarul Mercuvest Limited își va executa obligațiile ce decurgeau dintr-un contract de cesiune de creanțe¹⁹. Astfel, între U.Ț.B. S.A. și Mercuvest Limited s-a încheiat un contract de bază (i.e., o cesiune de creanță oneroasă). U.Ț.B. S.A. era cedent, iar Mercuvest Limited juca rolul de cesionar. DP H. S.A. a emis o scrisoare de garanție, în favoarea U.Ț.B. S.A., prin care era garantată creanța pecuniară (i.e., prețul cesiunii) din contractul de bază. Tribunalul a notat că contractul de cesiune de creanță (i.e., contractul de bază) „nu se încadrează în categoria contractelor de credit, prevăzute de art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006”²⁰. Instanța, în opinie majoritară, a spus, suficient de limpede, că „dispozițiile art. 120 din OUG nr. 99/2006 (...) nu pot fi interpretate decât în sensul că au caracter de titlu executoriu și contractele de garanție personală încheiate de o instituție de credit în legătură cu contractele de credit perfectate de aceasta”²¹. Tribunalul ne dă de înțeles că, pentru a fi titlu executoriu prin aplicarea art. 120 din OUG nr. 99/2006, o convenție de garanție personală (e.g., scrisoarea de garanție), încheiată de instituția de credit, trebuie „să aibă legătură” cu un contract de credit (i.e., în cazul scrisorii de garanție, pentru aplicarea art. 120 din OUG nr. 99/2006, ar fi cu totul necesar ca contractul de bază să fie unul de credit, nu altceva).

¹⁹ A se vedea, Trib. București, secția a IV-a civilă, *decizia nr. 1905/2014*, Sintact.ro.

²⁰ A se vedea, Trib. București, secția a IV-a civilă, *decizia nr. 1905/2014*, Sintact.ro.

²¹ Trib. București, secția a IV-a civilă, *decizia nr. 1905/2014*, Sintact.ro.

În opinia noastră, atunci când vine vorba despre o scrisoare de garanție, art. 120 din OUG nr. 99/2006 impune ca contractul de bază să fie exclusiv unul de credit. Una ca asta dictează interpretarea literală a art. 120. Din nou, expunem partea art. 120 care conține: „*contractele de credit, inclusiv contractele de garanție (...) personală, încheiate de o instituție de credit constituie titluri executorii*”. Potrivit Dicționarului Explicativ al Limbii Române, vocabula „*inclusiv*”, utilizată de art. 120 din OUG nr. 99/2006, are această semnificație: „*împreună cu...; și cu...*”²². Finalmente, art. 120 trebuie citit așa: „*contractele de credit, împreună cu (și cu) contractele de garanție personală (e.g., o scrisoare de garanție), încheiate de o instituție de credit constituie titluri executorii*”. **Într-adevăr, art. 120 din OUG nr. 99/2006 i se aplică unei scrisori de garanție doar dacă aceasta merge mână-n mână cu un contract de credit, i.e., numai dacă scrisoarea de garanție se manifestă împreună cu un contract de bază ce este unul de credit.**

*
**

Analiza realizată în cadrul paragrafelor **(a)** și **(b)** reprezintă punctul până la care scrisoarea de garanție putea fi supusă, fără vreo dificultate, art. 120 din OUG nr. 99/2006; cele indicate în interiorul paragrafului **(c)** sunt o serioasă rezervă: art. 120 din OUG nr. 99/2006 poate fi „proiectat” asupra scrisorii de garanție, însă numai și numai dacă contractul de bază este unul de credit, nu un altul (e.g., nu un contract de vânzare, de furnizare, de antrepriză²³).

²² A se vedea, Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan – Al. Rosetti”, *Dicționarul Explicativ al Limbii Române*, Editura Univers Enciclopedic, București, 2016, p. 545.

²³ A se vedea, P. TAFFOREAU, op.cit., p. 225, nr. 446.

V. Însemnări concludive

În concluzie, art. 120 din OUG nr. 99/2006 îi poate fi aplicat unei scrisori de garanție, astfel încât această garanție personală să fie titlu executoriu prin jocul textului menționat, numai în măsura în care scrisoarea își face apariția împreună cu un contract de bază ce este unul de credit.

Expunem o ipoteză factuală ce vrea să ilustreze enunțul concludiv: banca A și persoana juridică B încheie un contract de credit. Banca A o împrumută pe persoana B cu 500.000 de lei, stabilită fiind, de contractanți, o dobândă de 9%; capitalul și dobânda se impun „înmânate” băncii A după un an. B (*i.e.*, ordonator) îi solicită băncii C (*i.e.*, emitent-garant) emiterea unei scrisori de garanție în valoare de 545.000 de lei, în favoarea băncii A. Astfel, se încheie contractul de garanție personală (*i.e.*, scrisoarea de garanție²⁴) între banca C (*i.e.*, emitent) și banca A (*i.e.*, beneficiar); banca-emitent se obligă să plătească suma de 545.000 de lei²⁵ la prima și simpla cerere a băncii-beneficiar²⁶. Art. 120 din OUG nr. 99/2006 poate fi aplicat: contractul de

²⁴ Pentru a fi, în mod real, în prezența unei garanții autonome (*i.e.*, scrisori de garanție), cuantumul garanției trebuie să fie determinat într-o manieră precisă, fără să fie nevoie să se consulte contractul principal (*i.e.*, cel de bază), și, totodată, executarea garanției nu trebuie subordonată nerespectării de către debitor a obligației principale. A se vedea, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op.cit.*, p. 396, nr. 568. În ipoteza noastră, cuantumul garanției (*i.e.*, 545.000 de lei) este stabilit cu precizie, nefiind nevoie de consultarea contractului de bază, iar executarea garanției nu este supusă nerespectării de către debitorul B a obligației principale de restituire a sumei împrumutate (și, desigur, de plată a dobânzii).

²⁵ Garantul are posibilitatea să se angajeze să plătească o sumă de bani cu un cuantum determinat în contractul de garanție (*i.e.*, în scrisoarea de garanție); suma poate fi inferioară, egală sau superioară celei datorate în virtutea contractului de bază. A se vedea, C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2019, p. 225, nr. 269.

²⁶ Garantul (în ipoteza noastră, banca C), atunci când execută scrisoarea, își plătește propria datorie, dar stinge, de asemenea, datoria altuia, *i.e.*, cea a ordonatorului (în situația noastră, datoria persoanei juridice B). Beneficiarul (în cazul nostru, banca A), fiind plătit de garantul-

credit (de bază) și contractul de garanție personală (*i.e.*, scrisoarea de garanție) au fost încheiate de o instituție de credit (*i.e.*, banca A), care, ca să ne servim de expresia autoarei Juanita Goicovici, „*se ipostaziază în calitatea de creditor*”²⁷.

VI. Decizia Casație române (deocamdată nemotivată)

Înalta Curte de Casație și Justiție a făcut publică această minută: „[În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 2279 și a art. 2321 din Codul civil, coroborate cu art. 120 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006, scrisoarea de garanție emisă de o instituție de credit constituie titlu executoriu numai dacă aceasta este emisă în garantarea unui contract de credit”²⁸.

Punctul de vedere merită, după părerea noastră, o întregă și completă aprobare. Instanța din vârful piramidei judiciare ne dă de înțeles că scrisoarea de garanție va fi titlu executoriu, cu ajutorul art. 120 din OUG nr. 99/2006, doar în secunda în care contractul de bază este unul de credit.

O spunem răspicat: opinia noastră și poziția Înaltei Curți „viețuiesc” într-o relație de armonie. Cel puțin, acesta este senzația pe care o trăim ...

În final, cititorul se poate întreba la ce mai servește opinia noastră, câtă vreme ÎCCJ a pronunțat o soluție? Credem că reflecția de față poate fi de folos. Ținând seama de aceea că viziunea noastră și cea a ÎCCJ sunt cât se

emitent, nu mai poate cere nimic de la ordonator. A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 243, nr. 500.

²⁷ A se vedea, J. GOICOVICI, *Opinie adresată Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în dosarul nr. 643/1/2021*, nr. 2 (nepublicată).

²⁸ A se vedea, <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5bo%5d.Key=id&customQuery%5bo%5d.Value=172415> (Ultima accesare: 8 iunie 2021).

poate de apropiate, instanța supremă ar putea utiliza, dacă nu toate, măcar unele din argumentele noastre, atunci când își va motiva decizia. Apoi, chiar bănuind că ÎCCJ nu va îmbrățișa raționamentul nostru, ci se va sprijini pe cu totul alte considerente, lectorul va nota cum două argumentări diferite sunt capabile să conducă la aceeași rezolvare.

Punem punct cu niște hrană pentru minte. Referindu-se la garanțiile la prima cerere pură și simplă (*i.e.*, scrisoarea de garanție pură și simplă), Patrick Tafforeau crede că garantul trebuie să plătească imediat, fără să-i poată pretinde beneficiarului vreo justificare²⁹; executarea este automată³⁰. În privința garanțiilor la prima cerere documentară (*i.e.*, scrisoarea de garanție documentară), Tafforeau opinează că executarea este tot automată³¹, atât că ea este declanșată de prezentarea documentelor prevăzute în contractul de garanție³². În măsura în care scrisoarea de garanție (pură și simplă ori documentară) presupune o executare automată, ne putem interoga dacă nu cumva ea este titlu executoriu prin chiar esența sa și natura ei, fiind indiferent dacă există sau nu vreun text de lege care să-i stabilească caracterul executoriu și contând prea puțin care este contractul de bază?

²⁹ A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 233, nr. 469.

³⁰ A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 233, nr. 469.

³¹ A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 235, nr. 473.

³² A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 235, nr. 473.