

Articole considerate cele mai bune dintre publicațiile reviste din ultimii 4 ani:

1. Prof. univ. dr. Simina Tănăsescu, **Who Is Defending the Romanian Constitution? Between Presidential Obligation and Constitutional Adjudication**, Articol publicat în Analele UVT - seria Drept, nr. 1-2/2008, p. 27

Who Is Defending the Romanian Constitution? Between Presidential Obligation and Constitutional Adjudication

Professor Elena Simina TĂNĂSESCU, PhD
Faculty of Law, University of Bucharest

Abstract

Defending the Constitution and guaranteeing its supremacy have become increasingly normal in modern states governed by the rule of law under the strong influence of constitutionalism. An observer may even note that, at least in Europe after the Second World War, these functions are generally imparted upon heads of states and constitutional jurisdictions, as consequence and direct application of theories of both Hans Kelsen and Carl Schmitt. This paper will try to find out the peculiarities of the Romanian pattern and how they adjust to the “reality proof”. Based on a specific case and a brief presentation of its political context we will try to observe the balance of powers established by the text of the Constitution and analyse how it functions in reality only to finish with the conclusion that this capacity of for overview poses potentially dangerous challenges to the traditional self restraint of the Romanian Constitutional Court.

Keywords

Constitution, judicial review, guardian of the Constitution, president, constitutional court

The question regarding the guardian of the Constitution is not new, nor is the debate between Hans Kelsen and Carl Schmitt unknown. Defending the Constitution and guaranteeing its supremacy have become increasingly normal in modern states governed by the rule of law under the strong influence of constitutionalism. An observer may even note that, at least in Europe after the Second World War, these functions are generally imparted upon heads of states and constitutional jurisdictions, as consequence and direct application of theories of both Hans Kelsen and Carl Schmitt. This paper does not have as goal to address whether the Romanian Constitution has

followed one specific model. The Romanian Constitution, adopted in 1991 and revised in 2003, clearly embraced a mid-line and this choice does not seem to be unique; France and Portugal have also empowered both the head of the state and a constitutional jurisdiction with attributions relating to the respect and guarantee of the Constitution.

However, it is the “living Constitution” that makes the difference between all these models and sometimes reveals unknown aspects of well-known legal institutions. The Constitution provides the legal framework for the political game, while constitutional judges interpret those legal boundaries to politics and politicians, despite possible interferences in this process coming from other actors. Whenever judges review a normative decision, that is a decision taken by another public authority, they risk putting in danger their own legitimacy simply by making possible the interpretation that they are replacing the appropriate decision-maker. An otherwise technical and sometimes even dull legal decision, regarding mainly the conformity of a political decision framed in legal terms with provisions of the Constitution, may easily become politically sensitive due to the subject matter or due to the types of rules involved. All of a sudden judges find themselves transformed into political bodies that have to obey rules of the political game, including an intense public scrutiny of their nomination procedures as if they were political actors. While a precise definition of the concept of “political questions” is not yet available, nor a clear dividing-line between legal questions and political ones, courts in general and constitutional courts in particular seem to have developed at least two basic techniques in order to deal with such sensitive issues, namely non-justiciability and self restraint.

This paper will try to find out the peculiarities of the Romanian pattern and how they adjust to the “reality proof”. Based on a specific case (I) and a brief presentation of its political context (II) we will try to observe the balance of powers established by the text of the Constitution (III) and analyse how it functions in reality (IV) only to finish with the conclusion that this capacity of for overview poses potentially dangerous challenges to the traditional self restraint of the Romanian Constitutional Court (V)

I. The case

In a first decision (n°375/2005) the Constitutional Court reached the conclusion that some of the provisions of a legislative package dealing with the reform of the judiciary are unconstitutional, basically: (i) those which obliged members of the Superior Council of Magistracy to choose between their activities at the courts and the activities within the Council, (ii) those which put an end to all on-going mandates of presidents of courts at the moment of coming into force of the legislative package and (iii) those which made impossible for magistrates to cumulate salaries with retirement pension in case they were professionally active after they had reached the age-limit for retirement and which fixed a new age limit for the retirement of magistrates to be enforced to all current magistrates from the day the legal packaged came into force.

This decision had two separate opinions. Three judges¹ considered that incompatibilities established through the new legal provisions for magistrates are not unconstitutional as they do not infringe upon the principle of independence of magistrates. One judge² considered in a separate opinion that even the provision regarding the age limit for retirement was not unconstitutional as nothing in the Fundamental law limited the discretionary competence of the legislator to fix such thresholds or incompatibilities for magistrates.

¹ Aspazia Cojocaru, Găbor Kozsokár, Constantin Doldur.

² Constantin Doldur.

Days later the Constitutional Court ruled in a second decision (n°419/2005) regarding the same provisions of the same legal package because the President of Romania asked it “to check how did the Romanian Parliament bring into line the criticised legal provisions with the decision of the Constitutional Court n°375/2005”. The Court ruled that the parliamentary re-examination of the legislative package managed to solve all situations of unconstitutionality save one, namely the age-limit for the retirement of magistrates. Since in its new version the legal package no longer referred to the general law on retirement (valid for all professional categories), but only made a general reference to a law dealing with the retirement of magistrates, the Court considered that this particular provision “could be interpreted as constitutional if understood that it referred to a future law that will provide for a specific age-limit for the retirement of magistrates” necessarily different than the age-limit foreseen for all the other categories of employees. However, to avoid a *vacuum legis*, until this future law would be adopted by Parliament, the provision of the precedent law on the Status of magistrates (the one that was entirely revised through the new legislative package dealing with the reform of the judiciary), namely article 64 of Law 303/2004, should be considered as enforceable. This second decision had no separate opinion, not even with regard to the age-limit of retirement.

Note has to be made here with regard to article 64 of Law 303/2004 – it was expressly *abrogated* through article 89 of the legislative package dealing with the reform of the judiciary.

II. The political context

The law twice discussed by Parliament and twice examined by the Constitutional Court has a peculiar history.

The reform of the Romanian judiciary has developed over the past decade from a legitimate goal into a goal in itself and even a continuous and never ending process. Following the adoption of a much awaited, long time prepared and quite consistent legal package (three pieces of legislation concerning (i) the general organisation of the judiciary, (ii) the statute of magistrates and (iii) the organisation and functioning of the Supreme Council of Magistracy) dealing with the reform of the judiciary in the late autumn 2004, days before parliamentary and presidential elections, the entire legal framework of the judiciary has been re-drafted during spring 2005 by the current Government in place.

The new Government had a different political colour than the one who managed to pass the laws dealing with the reform of the judiciary. In fact, parliamentary elections of November 2004 did not come up with a clear-cut result; the political party (Social Democratic Party) initially disposing of a relative majority of seats in Parliament³ has not succeeded to invest an Executive. An electoral coalition (made up of the Liberal Party and the Democratic Party) added up with representatives of the Hungarian minority and another minuscule party (Conservative Party) managed to get a fragile majority of votes for their programme and Cabinet members. Following some political migrations, this coalition also managed to secure a majority of seats in both Houses of Parliament.

The new Government proceeded to make radical legislative changes in several areas, among others the judiciary. In relatively short laps of time (approximately three months) the Executive has

³ Due to a well-known phenomenon, called « political migration », members of Parliament elected on the lists of one party may change their political affiliation thus changing also the political composition of Parliament. Asked whether provisions of Standing Orders (of both Houses of Parliament) which allow for this situation to be quite frequent are consistent with the Constitution the Constitutional Court ruled they are as long as « political migration » does not affect the ratio between majority and opposition in Parliament (decisions n°45 and 46/1994 published in the Off.Gaz. n°131/27.04.1994)

come up with an entirely revised legal package concerning the reform of the judiciary. While declaring that the legal framework needed to be adopted with the exact wording to be found in the bill of the Executive and that any modification brought to it via parliamentary debates would only be detrimental both to the legal text and to the reform of the judiciary, the Government decided to add this legislative package to another one (dealing with the restitution of property abusively confiscated during the communist regime) and put them in front of Parliament through a particular legislative procedure: assuming its responsibility⁴ on a so-called “reform bill”. The Executive succeeded to pass this consistent “reform bill”, although with a few cosmetic changes resulted from the political bargaining in Parliament where opposition worked hard to re-draft some provisions.

Despite this minor success, at the end of parliamentary procedures opposition addressed an impressive list of issues to the Constitutional Court. Most of those issues had been raised also with Government, but did not gather its consent, and were still considered highly problematic by a large number of MPs. They referred to the normative content of both legal packages presented by Government as one bill (intrinsic constitutionality), as well as to the very fact that two such different legal packages could (not) be passed as a unique bill (extrinsic constitutionality).

Following a difficult and somewhat controversial decision of partial unconstitutionality ruled by the Constitutional Court (see above decision n°375/5.07.2005) a full scale political storm was unleashed. The Executive and MPs supporting it loudly, publicly expressed their frustration, at the same time questioning the political independence of members of the Constitutional Court and even the legitimacy of the institution. The *horribile dictu* “political decision” has been used.⁵ Journalists suddenly discovered the existence of the Constitutional Court and found it ... unconstitutional because not validated by principles of moral politics valid in the XVIIIth century⁶, while magistrates all over the country found the best occasion to remember all the difficulties they ever faced in their relation with the Constitutional Court through the exception of unconstitutionality⁷. A portion of the legal doctrine and practitioners rushed with examples of comparative law, from countries where judicial review is accomplished by regular courts⁸, while another part delicately tried to defend the Constitutional Court not so much for the merits of that particular decision⁹, but more on the grounds of institutional architecture and checks-and-balances theory. On top of everything, the President of Romania initially declared he was not surprised with the decision, since it came from a Constitutional

⁴ Article 114 of the Romanian Constitution provides that “Government may assume its responsibility before the Chamber of Deputies and the Senate, in a joint session, with respect to a programme, statement of general policy, or a bill.” The Government is considered dismissed if a motion of censure, tabled within three days after the presentation of the programme, statement or bill, is passed. Otherwise, the political programme or the statement of general policy are considered binding, or the bill is considered adopted. However, the revision in 2003 of the Constitution added a few words to article 114 in order to underline the importance of Parliament in this process: the bill presented is deemed to have passed “be it modified or supplemented with amendments consented by Government”. Thus, the wishful thinking of the Executive with regard to the precise wording of a bill passed through this particular procedure has been slightly twisted.

⁵ “In my opinion, it is more a political decision, than legal and constitutional” declared the president of Democratic Party, Emil Boc, who is also professor of constitutional law at a public university in Cluj Napoca. http://www.bbc.co.uk/romanian/news/story/2005/07/050706_reactii_curte.shtml (last visited 28.05.2007)

⁶ Cătălin Avramescu, “Desființarea Curții Constituționale” (“Dismantling the Constitutional Court”), in *Cotidianul* 4.10.2005, at <http://www.revista22.ro/html/index.php?art=2092&nr=2005-10-04> (last visited 28.05.2007)

⁷ <http://www.sojust.ro/sistemul-juridic-din-romania-raport-independent/8-curtea-constitucionala-si-avocatul-poporului.html> (last visited 28.05.2007)

⁸ <http://www.sojust.ro/sistemul-juridic-din-romania-raport-independent/8-curtea-constitucionala-si-avocatul-poporului.html> (last visited 28.05.2007)

⁹ Simina Tănăsescu, comment on decisions n°375/2005 and n°419/2005 in *Curierul Judiciar* 7-8/2005, p. 1 et seq.

Court with a composition established almost entirely under the previous Government by the main political party now in opposition. There have been a few days in the summer of 2005 when the very fate of the Constitutional Court seemed “doomed” for reasons that had little to do with judicial review or the reform of the judiciary.

Decision n°375/2005 proved to be a highly sensitive one, despite its limited effects (partial unconstitutionality). Some observers qualified it as “political” not because of the subject matter or (lack of legal) arguments, but due to the impact it had on the general public.

However, a few days latter the President of Romania declared that, although he personally did not agree with the decision made by the Constitutional Court, in his capacity of Head of the State he has to take note of it and try to move things forward. While announcing that he had spotted a potentially difficult situation for state authorities, who might be tempted to disregard the decision of the Constitutional Court, the President decided to make use of his function of mediator between State powers (article 80 of the Constitution) and asked leaders of political parties represented in Parliament and the President of the Constitutional Court to take part at a discussion at Cotroceni Palace.

The political context was even more complicated with collateral evolutions and political intentions and actions of a much bigger scale and number of actors. Only to present the essential, it is worth mentioning that meanwhile, due to the negative impact¹⁰ the decision of the Constitutional Court had on the political scene, the Prime Minister announced his intention to resign. His argument was that the reform of the judiciary seemed to stall due to the decision of a court, which was considered to be yet another proof of the tough resistance the system was opposing to being reformed. Political consultations started immediately, as well as talks on potential anticipated parliamentary elections. However, clear provisions of article 89¹¹ of the Constitution were quickly noticed and ways around them were looked for.

In fact, this was just another attempt to force anticipated elections into a political regime which had barred them on purpose, in order to guarantee a political stability which was not necessarily guaranteed in the democratic (far) past of the Romanian State (particularly between the two World Wars). Also, this was a desperate try to get a comfortable if any majority in Parliament for a Government and a President who both knew they would have a hard time if they were to base all their future (political) actions on the volatile majority then existing, faced with a numerically strong opposition. Despite all these considerations, a few days after his first announcement related to the resignation, the Prime Minister decided to no longer resign due to an extreme situation in the country (severe floods affected an important part of the territory), which offered no room for an electoral campaign.

In this general turmoil, the President of Romania managed to rise above all trouble and held consultations with leaders of political parties represented in Parliament, together with the President of the Constitutional Court. The result consisted in a mere confirmation of Constitutional provisions referring to the effects of unconstitutionality decisions¹²: Parliament had to re-examine the articles

¹⁰ And not so much to the negative legal or institutional consequences on the general reform of the judiciary, which is a process still going on and is not likely to end in the nearby future in Romania.

¹¹ Article 89 of the Romanian Constitution mentions the possibility of anticipated general elections only in the rare situation “where no vote of confidence to form the Government has been obtained within 60 days after the first request and only after rejection of at least two request of investiture”.

¹² Article 147 of the revised Constitution provides that « Any provisions of laws and ordinances in force, as well as of standing orders, which are held as unconstitutional shall cease their legal effects within 45 days from the publication of the decision ruled by the Constitutional Court if Parliament or Government, respectively, have failed

found unconstitutional by the Court. At this stage, and according to the Constitution, the resulting legal text was supposed to be constitutional, without any need for supplementary checks. However, the President of Romania decided a second check by the Court was part of the bargain and stuck by his part of the deal.

Debates in the joint session of Parliament¹³ on texts found unconstitutional ended up with a new wording of the law. Since the President had not used his power to notify the Constitutional Court with regard to the draft-law on the reform of the judiciary, he did so on this occasion. Only this time the President did not ask the Constitutional Court to perform its duty and control the conformity with the Constitution of the new wording of the law; instead he asked the Court to check “whether the new phrasing of the texts followed the indications given by the Court in its previous decision”. In other words, the President did not ask the Court to perform its normal function and evaluate a law against the standard of the Constitution, but rather to check whether Parliament enforced decision n°375/2005 or not. This was no longer in the realm of the Constitutional Court. However, as mentioned before, the Constitutional Court preferred to answer in formal and legal terms to what it had considered to be a formal notification over a legal act.

Decision n° 419/2005 had all chances to be a purely “political” one, but thanks to the approach taken by the Constitutional Court it became highly technical, with even more limited consequences (constitutionality with interpretation) than decision n°375/2005. At the same time, its impact on the general public was less strong, although, in fact, its legal effects were comparatively more important. After all, it was this last decision of the Constitutional Court that ended the debate on the legal framework of the judiciary reform.

Finally, the President declared that decisions of the Constitutional Court have to be respected, laws adopted by Parliament have to be enforced and words given cannot be taken back (with a clear hint to the attitude of the Prime Minister who changed his mind with regard to resignation).

III. Constitutional provisions and their interpretation

A. Constitutional provisions ...

Let us start with quoting the relevant provisions of the Constitution:

Art.1 para.5 (Romanian State) – “The respect of the Constitution and of its supremacy, as well as of the laws is compulsory in Romania.”

Art.80 para.2 (Role of the President) – “The President of Romania shall watch the respect of the Constitution and proper functioning of public authorities. To this effect he shall act as a mediator between State powers as well as between State and civil society.”

meantime to put them in line with the Constitution. For this limited length of time provisions declared unconstitutional shall be suspended as of right.

Referring to laws declared unconstitutional before their promulgation Parliament must reconsider those provisions in order to bring them into line with the decision rendered by the Constitutional Court.”

¹³ According to article 114 para.4 of the Constitution, in case a law which has been adopted by Government while assuming its responsibility is sent back by the President of Romania for reconsideration, Parliament has to carry debates in a joint session. *Mutatis mutandis* the same procedure has been applied for the re-examination of this type of laws due to a decision of unconstitutionality.

Art.142 para.1 (Structure) – “The Constitutional Court shall be the guarantor for the supremacy of the Constitution.”

Some of these provisions did not exist in the initial version of the Constitution adopted in 1991. They have been added or changed at the revision of 2003. Thus, the principle of legality *lato sensu*, including the principle of constitutionality and the compulsory character of the supremacy of the Constitution, were mentioned in the original Constitution, only as a fundamental obligation of Romanian citizens¹⁴. Including them in the very first article of the Constitution meant they were recognised as core values to be protected at the highest level, together with human dignity, democracy, rule of law and separation of powers. Article 142 of the revised Constitution has to be correlated with this new provision in article 1. Article 142 has also been altered by the constitutional revision; it now spells out the role of the Constitutional Court. The main function of the Constitutional Court could be found, via interpretation, even before the constitutional revision; attributions of the jurisdiction as well as its legal framework were strong indications in that sense. But to mention *expressis verbis* the role of the Constitutional Court in the text of the Fundamental Law means to underline the importance not only of the jurisdiction, but also of its activity. Finally, the role of the President of Romania remained untouched by the revision of the Constitution.

Irrespective of their changes or revisions, these legal norms are relatively clear: (i) the Constitution is the supreme law of the land, (ii) there is a specific public authority, namely the Constitutional Court, who has the task to *ensure the supremacy of the Constitution*, (iii) while the Head of the State has the specific authority to *watch for the respect of the Constitution* in the day-to-day life of the State, particularly in the functioning of State authorities. The different functions related to the protection of the Constitution imparted upon separate public authorities - respectively, the Constitutional Court and the President of Romania - benefit of distinct means of accomplishment. The Constitutional Court has the competence to *solve conflicts* between legal acts through *generally binding decisions*, while the President of Romania can (without necessarily issuing legal acts) *act as a mediator* between public authorities in order to ensure compliance of their conduct with the Constitution. Thus the Constitutional Court is dealing mainly with formal and legal issues, while the President of Romania is dealing mainly with institutional and political matters.

B. ... and their interpretation

Article 80 of the Romanian Constitution enumerates the main functions of the President, thus defining the role it should have in the institutional architecture of the State.¹⁵ The text imposes a paternalistic figure, ambivalent and complex, but fundamentally turned towards the maintaining of the national unity. The Constitution of Romania is the result of a negative consensus, based on a fundamental rejection, common to all political parties represented in the Constituent Assembly, of the intolerable. This negative agreement transformed and sublimated in the constitutional text into a positive consensus in favour of the unity of the state, the symbol of which is the head of the state. The President incarnates the continuity and the stability of the state and has to make sure this *status quo* will not change. That is the reason why number of powers of the Romanian President search to

¹⁴ Article 51 of the Romanian Constitution (before revision) provided: « The respect of the Constitution, of its supremacy and of laws is compulsory ».

¹⁵ Tudor Drăganu considered that article 80 of the Romanian Constitution “exaggerates the role of the President in the State, using words which go beyond its real attributions”, in “Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar”, vol.II, Lumina LEX, 1998, București, p.226.

ensure the respect of the Constitution, while, at the same time, the President is not endowed with important means¹⁶ or, indeed, a true decision-making competence.¹⁷

Article 142 seeks to impose a Constitutional Court faced with difficulties in justifying its legitimacy in a country where judicial review used to belong with ordinary courts since 1912.¹⁸ Debates in the Constituent Assembly testify to the strong opposition the European model of judicial review faced in Romania not only with the legal strata of society, but even with non-specialists in law.¹⁹ Therefore, reinforcing the role of the Constitutional Court as a guarantor of the supremacy of the Constitution does not mean diminishing the role of the Head of the State to promote respect for the Romanian Constitution, but it helps to promote the image of a jurisdictional guarantor of the Fundamental law.

The two institutions are bound to collaborate, despite differences in their attributions and available means. Since one of main functions of a Constitution is to ensure stability, the Constitution itself becomes an important value for the Romanian state; therefore the President has to watch for its preservation. This explains why the President has an important role as “guardian of the Constitution”, even if its functions are limited to what the doctrine named the “Constitution of Powers”²⁰, that is a function of political mediation between public authorities and monitoring of the respect of the Constitution by the same public authorities (Powers of the State). The other possible face of the “guardian of the Constitution” is the Constitutional Court in its capacity of guarantor of the “Constitution of Rights”²¹, which means a promoter of fundamental rights and a preserver of fundamental principles underlying the general architecture of the State. For a complete protection of the Constitution both guardians need to be in place and that is the approach taken by the Romanian Constitution.

However, this approach reminds of the well-known polemic between Hans Kelsen and Carl Schmitt with regard to the “guardian of the Constitution”, where the basic difference is not so much referring to judicial review, but rather addresses a more fundamental and ontological level, namely the very concept of Constitution. Thus, starting with its very origins, the polemic was not exactly a dialogue, rather two parallel monologues which have in common only one word, but not necessarily the same concept.

¹⁶ “It seems that the Commission in charge with drafting the Constitution had as purpose to reduce the role of the President to the point where the main executive authority would be the Prime Minister. <...> In order to underline the distance taken from the French model the political regime of Romania is presidential “parliamentarised” or soft-presidential”, Tudor Drăganu, op.cit., p.227.

¹⁷ Another equally important consensus among framers of the Romanian Constitution concerned decision-making powers of the President, reduced to minimum as not to allow repetition of history. The fact that, at the time when the Constitution was drafted, the incumbent of this high office had not managed to get full support of all political forces also played a role in the legal design of the institution of President. (See debates in the Constituent Assembly published in “Geneza Constituției României 1991 – Lucrările Adunării Constituante”, Regia autonomă Monitorul Oficial, 1999, București, p.724 et seq.)

¹⁸ Gaston Jèze, “Sur le pouvoir et le devoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois”, RDP 1912, p.112; Gérard Conac, “O anterioritate românească – controlul judecătoresc al constituționalității legilor”, R.D.Pb n°1/2001, p. 4.

¹⁹ “Geneza Constituției României 1991 – Lucrările Adunării Constituante”, op.cit., p.851 et seq. It worth mentioning that some debates occurred even after the final vote on the text of the Fundamental law with regard to attributions of the Constitutional Court and legal effects of its decisions. (Ibidem, p.964 et seq. and p.968).

²⁰ Massimo Luciani, “La Costituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri”, in “Scritti in onore di V.Crisafulli”, Padova, 1984, tome 2, p.497.

²¹ Massimo Luciani, op.cit., p.497.

For Hans Kelsen the Constitution represented a purely formal and quite relative concept. The material Constitution was for Hans Kelsen the supreme legal norm which fixed rules for the normative production of the State, i.e. the State organs competent to adopt subsequent legal norms and the procedural rules that those organs have to obey. The formal Constitution meant for Hans Kelsen an ensemble of legal norms which can only be revised through a special procedure. The two meanings of the Constitution were intrinsically linked for him, as a special procedure for the revision of the Constitution is needed precisely because those legal norms fix rules for the normative production of all the other legal norms valid in a given legal order. Therefore, the rigidity of the Constitution is a necessary feature of it if the legal system is to perform its primary function, namely ensuring the predictability of human behaviour.²²

For Carl Schmitt the Constitution is a decision on the characteristics of a political entity. It is precisely this approach to the material Constitution which allows Carl Schmitt to underline the difference between the Constitution and merely constitutional laws. Not just any provision enshrined in the Constitution can be considered as material Constitution, he says. There is a difference of importance between articles which characterise the State as social or democratic and those referring to the legislative technique. Therefore, the special procedure for the revision of the Constitution is not due to some formal criteria related to the production of legal norms, but rather to the importance and significance of certain provisions in the Constitution which require a greater stability; the rigidity of the Constitution is a necessity due to the need of the State power to maintain that power as long as possible.²³

Obviously, the same word is used with two very different meanings. It is this fundamental difference that has led to the other aspect: Hans Kelsen thinks that entrusting judicial review to a *sui generis* state authority of jurisdictional nature, called Constitutional Court, is the logical consequence of the principle of legality, while for Carl Schmitt it is the legitimacy that justifies the need to make the Head of the State the ultimate “guardian of the Constitution”.

IV. The „guardian of the Constitution” in the “living Constitution”

However, several countries have decided to overcome this famous dichotomy and to entrust both President and the Constitutional court with distinct attributions regarding protection of the Constitution. France²⁴ and Portugal²⁵ are in the same cluster with Romania, imparting the defence of the supremacy of the Constitution to a special jurisdiction, while respect of the Constitution is watched by the Head of the State. Irrespective of variations and national specificities that may be noticed in each of these examples, a common pattern can be identified whereby the two public authorities complement each other in a *sui generis* form of institutional collaboration.

A. Reciprocal influences

The two public authorities need one another for their organisation or functioning, thus creating the need for an implicit but reciprocal recognition.

²² Hans Kelsen, “Teoria generală a statului”, Tiparul Oltenia, București 1924, *passim*.

²³ Carl Schmitt, “Teoria Constituției”, *passim*. (Translation in Romanian consulted in manuscript with permission of translator. The author wishes to thank the translator and the publishing house for this opportunity)

²⁴ See articles 5 and 61 of the French Constitution.

²⁵ See article 137 and 225 of the Portuguese Constitution.

The proper organisation of the constitutional jurisdiction cannot take place without an action of the head of the state: in Romania, like in France or in Italy, one third of the judges are nominated by the President. This is a power that Presidents can exercise discretionarily, without countersignature. This does not involve a relation of dependence between members of the constitutional jurisdiction (or the jurisdiction itself) and the head of the state. Furthermore, the President has no possibility to revoke those nominated. Hence, the constitutional jurisdiction may preserve its functional independence and can effectively decide in all neutrality, even on politically sensitive matters. Practise has shown that, at least in Romania, Presidents were less and less concerned with legal qualifications of potential nominees, but paradoxically, the Constitutional Court has gathered more and more independence.

On the other hand, constitutional courts have attributions which oblige them to mingle with political life, but in all neutrality. In Romania, like in France, Italy or Portugal the Constitutional Court is responsible for the continuity of the presidential function and for the regularity of presidential elections. Some of the most delicate and sensitive political questions may arise in this context, but the role of constitutional courts is to remain an impartial judge and/or adviser and not to transform into political actors. So far, no presidential election has been invalidated, and practise has shown a highly cautious Constitutional Court in case stability of the presidential function was at stake.

Although the Romanian doctrine has long ago noticed that “it would be unconceivable to see representatives of the judiciary negotiating with the legislative authority in front of the President because of the infringement of the separation of powers that it would involve”²⁶ no constitutional provision makes it impossible for the head of the state to hold consultations with the Constitutional Court or, indeed, its president, like it happened in the case above. In fact, since both President of Romania and Constitutional Court have the mission to protect the Constitution, nothing would seem more appropriate than to have consultations on possible interpretation and/or application of the Fundamental law, provided this does not involve discussions on a given case pending in front of the constitutional jurisdiction. Defending the Constitution implies guaranteeing its supremacy; as long as these two functions belong with separate public authorities it is only natural that they collaborate in accomplishing their respective roles. As paradoxically as it may seem, complementary functions imply not reciprocal limitation, but rather reciprocal recognition and institutional respect.

B. Specific attributions

In Romania, like in France or Portugal, both head of the state and constitutional jurisdiction have to protect the Constitution, but in different ways. “The real force of the relation between the two institutions lies in their non-conflictual relationship”²⁷.

For Hans Kelsen the principle of the separation of powers is effectively applied and the Constitution respected only when a special jurisdiction oversees the entire process, while for Carl Schmitt the same happens only in presence of a high political institution. The Romanian Constitution, like the French or Portuguese, has mixed these two recipes and made possible a new state activity, namely prevention of infringements to the Constitution²⁸, through a complex mechanism of public authorities which balances from inside. The President can only interfere with

²⁶ Tudor Drăganu, *op.cit.*, p.258.

²⁷ Isabelle Richir, “Le Chef de l’Etat et le juge constitutionnel, gardiens de la Constitution”, in RDP n°4/1999, p.1047 et seq.

²⁸ *Ibidem*, p.1060.

the application of the Constitution, whereas the Court has to guarantee its supremacy. The President and the Constitutional Court are not opposed in the accomplishment of their respective tasks, rather have to complement each other and thus are bound to collaborate. While the President has to act as an arbiter, constantly mediating between public authorities, the Constitutional Court has to judge and take generally binding and enforceable decisions. In their task to protect the Constitution both public authorities have to place themselves above the political game. This proves that theories of Hans Kelsen and Carl Schmitt can co-exist. After all, “protecting the Constitution means defending it from its political enemies in case of danger or extreme crisis”²⁹.

The ultimate proof of the necessary collaboration between these two public authorities with regard to the protection of the Constitution is the possibility of the President to notify the constitutional court with a potential unconstitutionality. The President enjoys a discretionary attribution, while the Constitutional Court once invested with a case has to reach a decision. This spontaneous intersection of two institutions charged with relatively similar constitutional tasks is based on a somewhat solitary activity: the interpretation of the Constitution. Because if the interpretative competence of the constitutional judge is intrinsic to its functions this does not mean it is also exclusive. This also reminds of the polemic and possibility of conciliation on the issue of the “guardian of the Constitution”. But such ideas only get validated in practise.

In Romania, it is not common practise that interpretation of the Constitution made by President and Constitutional Court coincide, but there were cases when this happened. The case here in discussion is an interesting situation where although, in principle, the two authorities shared a common view, in the end they nevertheless were on different sides of the barricade. This case is also the proof that the Constitutional Court makes wise use of all tools available, a decision of constitutionality with interpretation being a subtle way of setting limits to the interpretation of the Constitution made by the President without open confrontation. Two different systems of legitimacy complement each other in ensuring a complete protection for the Constitution: while the legitimacy of the interpretation made by the Constitutional Court derives from its jurisdictional nature and attributions, the legitimacy of the interpretation made by the President comes from its political legitimacy (designation). Thus, the interpretation of the Constitution which finally prevails, benefits of the advantage of both filters, which only reinforce it.

For the current incumbent of the position of Head of State, the President should be an active arbiter, with initiatives and various interventions that allow him to be more a player than a viewer. According to his interpretation of article 80 in the Constitution, at institutional level the President should represent the ultimate authority invoked whenever the state machinery blocks. However, in regular situations and under normal circumstances the President has to cope with a more discrete profile. If this approach seems not well adjusted to the current situation, it is not at all at odds with the constitutional text. In 1959 Georges Burdeau was writing on the subject of the President of a recently borne fifth French republic: « Sans doute cherchera-t-il à faire prévaloir un pouvoir d’arbitrage que les prérogatives dont il est par ailleurs investi lui permettront d’exercer (...). Main en fin, la règle démocratique lui imposera de s’incliner devant la volonté non équivoque du Parlement. Il lui appartiendra alors de peser ce que cette volonté met en cause »³⁰. Coping with a changing

²⁹ Nicolo Zanon, “La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle” in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1989, p.177 et seq.

³⁰ Georges Burdeau, “La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958”, *Revue Française de Science Politique* 1959, p.98.

majority in Parliament and faced with an ambivalent Executive might just have taught the Romanian President how useful the relationship with the Constitutional Court can be.

On the other hand, the Constitutional Court seems to act as if legal formalism is the only possible way to deal with a partner, no matter how close the relationship might be in the light of the Constitution. Only a “positivist” lecture of the notification made by the President can explain why the Constitutional Court did not choose to reject it on grounds of unjusticiability but rather deal with it under the framework of judicial restraint. But the second decision rendered by the Constitutional Court is telling for the way in which the jurisdiction has evolved since its creation in the area of politically sensitive questions: from a traditional self restraint to an overt review of any decision of the legislator.

V. Adjudication of politically sensitive questions

Despite the hesitant attitude of the Constitutional Court in its relations with the President, and somewhat in spite of the political turmoil, both decisions it has rendered in this case are strictly within its jurisdiction and refer only to the legal/constitutional aspects. No political reasoning can be found in Court’s arguments, not even elements of a theory of interpretation of the Constitution or attempts to create a specific methodology in order to deal with such politically sensitive questions. However, this appearance of containment regarding its (imparted by the Constitution) jurisdiction is not to be mistaken for an effective self restraint. For between past case law of the Romanian Constitutional Court³¹, where a true self restraint attitude could be noticed (although the special jurisdiction never developed its own doctrine with regard to it) and the current situation there is no comparison. Only once in 15 years of existence did the Romanian Constitutional Court enter the realm of politics and issued a decision that actually ended a political debate on an MP’s immunity³². For the rest, the Romanian Constitutional Court is generally deferential when it comes to the discretionary competence of the legislator, constantly acknowledging and preserving it.³³

However, in this particular case, under the appearance of a strict delimitation between legal/political questions, the Constitutional Court in fact pursued its own agenda, while dealing with issues at stake in a rather diplomatic way. Avoiding raising the problem of the notification made by the President of Romania, the Court rendered two decisions which have opposite solutions but serve the same purpose: to harmonise the protection traditionally offered by the constitutional judge to the discretionary competence of the legislator with the protection now needed for a specific social category (magistrates). In order to achieve this delicate goal the Constitutional Court ignored all its precedents and the necessary self restraint in its relations with Parliament and President, participated in negotiations on the actual enforcement of its own decisions and had a role even in the drafting of controlled legislation.

Thus, although even the new wording of the law which was the object of the control was not entirely exempt of any critique, the Constitutional Court decided it could be interpreted as constitutional if certain requirements were met. One should notice here the general trend expressed by the attitude of the Court, despite various positions it adopted: while the first time the Constitutional Court ruled a decision of partial unconstitutionality, although the circumstances might

³¹ See Chronique - Roumanie, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 2002, p.787, AIJC, 2003, p.783.

³² See Chronique – Roumanie, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1997, p.826.

³³ See Table Ronde „Autonomie locale et régionale et Constitution” - Roumanie, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 2006, p. “241.

have justified a decision of total unconstitutionality, the second time it decided to interpret the law as to find it in line with the Constitution, although conformity with the Constitution was not granted in all situations.

All these efforts came at a price though. One specific provision in the law, on which the Court did not seem inclined to make any compromise, had to be interpreted in such a twisted manner that the final result is somewhat puzzling: while abrogated already by the first version of the law the article regarding the age-limit for the retirement of magistrates was declared ultra-active by the Court and therefore still enforceable. It is true that the principle put at stake through the provision of the law repelled by the Court was a foundational one for any legal system, namely the legal security and, on that basis, the very predictability of the human behaviour. But it is entirely surprising to see that such a fundamental principle, underlying the entire legal architecture of a state governed by the rule of law, is secured through “trembling” means, which go directly in the opposite direction. For what is more contrary to the principle of legal security than retroactivity or ultra-activity of laws? In order to defend (and rightly so) a basic principle underlying the entire architecture of the Constitution and, through it, a value intrinsic to the state governed by the rule of law, the Romanian Constitutional Court misused precisely that important legal value.

* * *

As one commentator of the jurisprudence of the French Conseil Constitutionnel once put it “the functional legitimacy of the judge arises from his fulfilment of his social function. This means he has to use his freedom of interpretation in accordance with the social outcomes of constitutional justice. Contrary to the legitimacy of the elected officials, which is instantaneous because it results from elections, the functional legitimacy is acquired in time. One may qualify it as historical. This kind of legitimacy is not to be found in the way of nominating the interpreters, rather in the conformity of the interpretation with the objectives which are assigned by the social function”³⁴.

If a constitutional jurisdiction decides not to take the path of free interpretation and add new meanings to old normative texts, the only available alternative for it remains the formal judicial review, which consists of self-limited legal technical control of normative decisions using for a standard the Constitution. The European model of judicial review imposes self restraint, particularly in political sensitive questions, because the jurisdiction of the constitutional court is clearly prescribed by the Constitution, although its capacity to interpret the Constitution is not affected. If Constitutional Courts cannot escape politically sensitive questions, expanding the area of their decisions so that they actually replace those of the competent authorities does not seem an appropriate method of dealing with the issue. The case here under debate cost the Romanian Constitutional Court a lot in terms of credibility. It will probably take years of high quality consistent jurisprudence for the Romanian Constitutional Court to find its natural position, role and importance.

³⁴ Yann Aguila, “Le Conseil Constitutionnel et la philosophie du droit”, LGDJ, 1993, Paris, p.101. In original the text reads: “Le juge est légitimé lorsqu’il remplit la fonction sociale qui lui est assignée. Sa légitimité peut alors être appelée fonctionnelle. Elle exige que le juge fasse de sa liberté d’interprétation un usage conforme aux finalités sociales de la justice constitutionnelle. Contrairement à la légitimité des élus, qui est instantanée dès lors qu’elle résulte des élections, la légitimité fonctionnelle s’acquiert avec le temps. Elle est historique. La légitimité n’est pas à rechercher dans le mode de désignation des interprètes, mais dans la conformité de l’interprétation aux objectifs qui leur sont donnés par leur fonction sociale.”

2. Șerban Beligrădeanu, **Considerații asupra raportului juridic de muncă al funcționarilor publici și estomparea continuă a deosebirilor dintre raportul juridic de muncă al salariaților și cel al funcționarilor publici, precum și în legătură cu tipologia raporturilor juridice de muncă și cu referire la o viziune monistă asupra obiectului dreptului muncii**, Articol publicat în Analele UVT - seria Drept nr. 1/2010, p. 14

Considerații asupra raportului juridic de muncă al funcționarilor publici și estomparea continuă a deosebirilor dintre raportul juridic de muncă al salariaților și cel al funcționarilor publici, precum și în legătură cu tipologia raporturilor juridice de muncă și cu referire la o viziune monistă asupra obiectului dreptului muncii

dr. ȘERBAN BELIGRĂDEANU

Rezumat

Autorul, pornind de la o opinie proprie, exprimată într-un studiu anterior (publicat în anul 2000), în sensul că raportul de serviciu al funcționarului public constituie o formă tipică a unui raport juridic de muncă, raport care, deși diferit de contractul individual de muncă (arhetip al raportului juridic de muncă), nu este totuși esențial diferit de acesta din urmă și, ca atare, logic și juridic, raportul de serviciu al funcționarului public este o componentă de bază a dreptului (legislației) muncii, subliniază apoi că, în ultimii ani, se observă, legal, o estompere continuă a diferențelor dintre raportul juridic de muncă al salariaților și cel al funcționarilor publici.

În continuare, autorul prezintă tipologia raporturilor juridice de muncă actuale și anume: raportul juridic al salariaților (generat prin încheierea contractului individual de muncă, reglementat de Codul muncii); raportul juridic de muncă al funcționarilor publici civili (generat de Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici sau de unele statute privitoare la categorii speciale de funcționari publici ca, de pildă, polițiști, diplomați și consuli, personal vamal ș.a.); raportul juridic de muncă al militarilor de carieră (subofițeri și ofițeri – Legea nr. 80/1995); raportul juridic al persoanelor care dețin funcții de demnitate publică; raportul juridic de muncă al magistraților (al căror statut face obiectul Legii nr. 303/2004); raportul juridic de muncă dintre societatea cooperatistă și membri cooperatori (Legea nr. 1/2005).

Față de această tipologie a raporturilor juridice de muncă, autorul consideră fundamental greșită limitarea obiectului dreptului muncii exclusiv cu privire la raportul juridic de muncă al salariaților (reglementat de Codul muncii), ci apreciază ferm că toate raporturile juridice de muncă, enumerate mai sus, sunt, în viziunea sa monistă a dreptului muncii, componente ale dreptului muncii român, a cărei summa divisio este constituită de dreptul comun al muncii (privitor la raportul juridic de muncă al salariaților, fundamentat pe contractul individual de muncă reglementat, în principal, pe dispozițiile Codului muncii) și, pe de altă parte, de dreptul special al muncii (care include raporturile juridice de muncă ale funcționarilor publici civili și militari, ale persoanelor ce dețin funcții de demnitate publică, ale magistraților și ale membrilor cooperatori), drept special al muncii axat pe reglementări diferite de Codul muncii, dar pentru care Codul muncii constituie totuși dreptul comun.

Cuvinte cheie: Dreptul muncii. Raport juridic de muncă. Tipologie. Obiectul dreptului muncii. Viziune monistă (include toate tipurile de raport juridic al muncii).

I. Raportul juridic de muncă al funcționarilor publici

1. Indiscutabil, în perioada interbelică, sub influența legislației și doctrinei franceze, funcționarii publici erau cărmuiți de un regim juridic special de drept public (de drept administrativ), în acest sens fiind reglementările înscrise în Legea privind Statutul funcționarilor publici (iunie 1923)¹, Codul funcționarilor publici (iunie 1940) și în Legea nr. 746/1946 privind Statutul funcționarilor publici (septembrie 1946)².

Sintetic exprimat, „La baza exercitării funcției publice stă actul de numire, care este un act de voință, un act administrativ de autoritate, prin intermediul căruia statul conferă persoanei numite o situație legală”³, iar raportul juridic astfel creat „este un raport de drept obiectiv, legal, și nu unul contractual”⁴.

Acest regim „administrativist” a fost înlăturat total odată cu adoptarea primului Cod român al muncii (iunie 1950) care, potrivit art. 2, se aplica „angajaților – muncitori și funcționari —”⁵.

¹ Adoptarea acestui Statut a fost impusă de art. 8 alin. 4 al Constituției din 29 martie 1923 („Legile speciale vor determina Statutul funcționarilor publici”).

² Abrogată expres prin Decretul nr. 418/1949.

³ R. P. Postelnicu, *Statutul funcționarilor publici*, Editura Universitară „Carol Davila”, București, 2006, p. 28.

⁴ A. Teodorescu, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a III-a, București, 1929, p. 261.

⁵ Terminologia „muncitori și funcționari” nu viza două categorii juridice de personal salariat, ci, în optica și ideologia vremii, avea în vedere că primii făceau parte din „clasa muncitoare”, iar ceilalți erau o parte componentă a unei alte „pături” sociale (alta decât muncitorimea și țărănimea) care erau „două clase sociale”.

Cel de al doilea Cod al muncii (Legea nr. 10/1972, intrat în vigoare la 1 martie 1973 și menținut până la 28 februarie 2003), păstra aceeași concepție, el fiind incident pentru toate categoriile de „persoane încadrate în muncă”⁶ (din industrie, construcții, transporturi, telecomunicații, comerț și prestări de servicii, învățământ, cultură, ocrotirea sănătății etc.), inclusiv „personalul din aparatul de stat”⁷ cu privire la care urma a se elabora „statutul personalului din aparatul de stat în conformitate cu dispozițiile prezentului Cod” (art. 61 alin. 2)⁸.

Așa fiind, susținerile izolate, în sensul că chiar și *illo tempore* (1950–1989) funcționari de stat ar fi constituit, în principal, o instituție a dreptului administrativ, instituție care ar avea un caracter mixt (de drept administrativ și de dreptul muncii)⁹ erau fundamental eronate fiind, mai degrabă, nostalgice reverii paseiste.

2. În mod firesc, problema naturii raportului juridic existent între funcționarii publici și autoritățile/instituțiile publice în serviciul cărora se află s-a pus, cu acuitate, după adoptarea Constituției României din 1991, întrucât Legea fundamentală – spre deosebire de legislația din perioada 1950–1989 care niciodată nu s-a referit la funcționarii publici – cuprinde mențiuni exprese cu privire la „funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare” (art. 16 alin. 3) și la „statutul funcționarilor publici” (art. 72 alin. 3 lit. i; după republicarea din 31 octombrie 2003, art. 73 alin. 3, lit. j).

Numai că Legea privind Statutul funcționarilor publici (Legea nr. 188/1999), în vigoare și în prezent, a fost adoptată cu o inadmisibilă întârziere, la peste 8 ani de la intrarea în vigoare a Constituției României¹⁰, iar aceasta, prin procedura – de excepție – a angajării răspunderii Guvernului.

⁶ În terminologia celui de al doilea Cod al muncii (Legea nr. 10/1972), salariații nu mai erau astfel numiți (și nici „angajați”, precum și în primul Cod al muncii), ci „persoane încadrate în muncă”.

⁷ Categoriile de salariați enumerate erau menționate în art. 23 și urm. din Legea nr. 10/1972, iar personalul din „aparatul de stat” făcea obiectul art. 58–61 al acestei legi.

⁸ Acest statut nu a fost niciodată elaborat și adoptat. Din discuțiile avute cu regretatul Gh. Brehoi (ce a deținut mulți ani funcții de conducere în Ministerul Muncii și în Consiliul de Miniștri) a rezultat că această situație s-a datorat tocmai imposibilității de a se contura un regim juridic special pentru o atare categorie de personal salariat.

⁹ A se vedea A. Iorgovan, apud *Drept administrativ și știința administrației* de A. Iorgovan, V. Gilescu, București, 1986, p. 220.

¹⁰ Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici a fost adoptată și publicată la 8 decembrie 1999 („Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 600 din 8 decembrie 1999), intrând în vigoare în 30 de zile de la data publicării. Întrucât această lege a fost modificată prin 14 legi și ordonanțe de urgență (până în decembrie 2003) a fost republicată, prima dată la 22 martie 2004. Apoi, survenind (până în decembrie 2006) alte 13 modificări (de regulă, prin legi), Legea nr. 188/1999 a fost, din nou, republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 365 din 29 mai 2007, dată de când a fost din nou modificată prin mai multe legi și ordonanțe de urgență (unele dintre acestea din urmă fiind declarate – total ori în parte – neconstituționale de către Curtea Constituțională).

Drept urmare, astfel cum am subliniat în două studii¹¹, între data intrării în vigoare a Constituției României din 1991 (8 decembrie 1991) și cea a intrării în vigoare a Statutului funcționarilor publici (Legea nr. 188/1999), așadar, la 30 de zile de la publicarea acestei legi (care a avut loc la 8 decembrie 1999), de vreme ce Codul muncii (Legea nr. 10/1972) a rămas în vigoare, în acest răstimp de 8 ani cei care ar fi trebuit să fie „funcționari publici” (deținând funcții ce implică exercițiul autorității de stat), în realitate și-au păstrat statutul de salariați, chiar dacă, uneori, prin acte normative speciale¹², se dispunea ca, pe planul jurisdicției, cu titlu de excepție, litigiile aferente unor atare funcții erau de competența instanțelor de contencios administrativ.

3. Această situație tranzitorie încetând odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 188/1999 (Statutul funcționarilor publici) s-a pus, după cum era și firesc, problema naturii raportului juridic dintre funcționarii publici și autoritățile/instituțiile publice.

În doctrina de drept administrativ, atât în perioada premergătoare intrării în vigoare a Legii nr. 188/1999¹³, cât și ulterior¹⁴, invocându-se argumente bazate pe legislația statutelor/Codului funcționarilor publici din perioada 1923–1946, ca și pe temeiul doctrinei juridice străine (de regulă, franceză) s-a susținut, constant, că între funcționarii publici și autoritățile/instituțiile publice există exclusiv raporturi administrative de subordonare care, prin ipoteză, exclud caracterul lor contractual, ele fiind exclusiv de natură unilaterală, statutul funcției publice fiind „un regim de drept public, mai exact de drept administrativ”¹⁵.

Este adevărat că, uneori, în doctrina de drept administrativ s-a conturat și o opinie intermediară, în sensul că „funcționarul public este... o instituție complexă, aflată la granița

¹¹ A se vedea: Șerban Beligrădeanu, *În legătură cu raportul juridic dintre funcționarii publici și autoritățile sau instituțiile publice, precum și cu privire la organele jurisdicționale competente să soluționeze litigiile referitoare la încheierea, modificarea și încetarea acestui raport juridic*, în „Dreptul” nr. 1/1995, p. 15–26; idem, *Natura juridică a actului unilateral al prefectului privind eliberarea din funcție a secretarului comunei sau orașului, precum și natura juridică a litigiului referitor la contestarea acestei măsuri*, în „Dreptul” nr. 4/1997, p. 42–50.

¹² De pildă, art. 128 din Legea nr. 69/1991 a administrației publice locale (republicată la 18 aprilie 1996), în redactarea dată prin Legea nr. 24/1996.

¹³ A se vedea: I. Alexandru (coordonator) ș.a., *Drept administrativ*, Editura Omnia, Brașov, 1999, p. 383; I. Popescu Slăniceanu, *Teoria generală a funcției publice*, Editura Evrica, Brăila, 1999, p. 211; A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Editura Nemira, București, 1996, p. 616 și urm.; idem, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ediția a IV-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 581–584.

¹⁴ A se vedea V. Prisăcaru, *Tratat de drept administrativ român. Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, 1992, p. 166–167; p. 183–184.

¹⁵ A. Iorgovan, op. cit. (1996), p. 616; în același sens, I. Popescu Slăniceanu, op. cit., p. 211; A. Iorgovan, op. cit. (2005), p. 584; R. N. Petrescu, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 527; I. Alexandru (coordonator), M. Cărăușan, S. Bucur, *Drept administrativ*, ediția a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 257–258.

dintre dreptul administrativ și dreptul muncii”¹⁶, iar în cazul funcționarului public „consimțământul... nu se exprimă *uno actu*, ci în trepte”¹⁷. Deci funcționarul public, deși ca instituție aparține dreptului administrativ, „prezintă în statutul său juridic elemente care definesc statutul juridic al salariatului”¹⁸.

În doctrina recentă de drept al muncii, dimpotrivă, se susține că „raporturile de serviciu» ale funcționarilor publici nu sunt altceva decât raporturi tipice de muncă”¹⁹. Un alt autor – de referință – în 2007 a fost de părere că raporturile de serviciu ale funcționarilor publici, deși, indiscutabil, sunt raporturi juridice de muncă, nu mai puțin însă locul lor firesc se află în dreptul administrativ, în cadrul dreptului muncii ele fiind „numai ca repere comparative față de raporturile de muncă ale salariaților”²⁰. În schimb, același autor, în 2010, afirmă nu doar că raportul juridic dintre funcționarii publici și autoritățile publice este unul dintre formele tipice ale raportului juridic de muncă, ci, totodată, că legislația privind funcționarii publici se include în dreptul muncii, înțeles *lato sensu*²¹.

4. În ce ne privește, la mai puțin de două luni de la intrarea în vigoare a Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, am afirmat, fără rezerve și neechivoc, că raportul de serviciu al funcționarului public, astfel cum acesta se conturează din cuprinsul legii menționate, „constituie o formă tipică a unui raport juridic de muncă, raport care deși distinct de contractul individual de muncă (arhetip al raportului juridic de muncă), nu este totuși esențial diferit de acesta din urmă și, astfel, raportul de serviciu al funcționarului public, logic, metodologic și juridic, este o componentă de bază a dreptului (legislației) muncii”²².

În esență, această opinie, radical opusă doctrinei de drept administrativ, este axată pe următoarele argumente²³:

a) Atât raportul juridic de muncă al salariatului, cât și cel al funcționarului public au o natură convențională, chiar dacă în ipoteza raportului de serviciu al funcționarului public nu se întocmește un înscris denumit contract. Într-adevăr, actul de numire al funcționarului public – act administrativ nu produce niciun efect juridic dacă funcționarul public nu acceptă numirea, deci dacă nu se realizează un acord de voințe între funcționarul public și autoritatea/instituția publică. Or, un atare acord de voințe, fie el realizat în trepte, nu constituie altceva decât un contract (nenumit);

¹⁶ A se vedea V. Vedinaș, *Statutul funcționarilor publici*, Editura Nemira, București, 1998, p. 41–42.

¹⁷ Ibidem, p. 43.

¹⁸ Ibidem, p. 41.

¹⁹ Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ediția a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 17.

²⁰ I. T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, p. 25.

²¹ I. T. Ștefănescu, *Tratat – teoretic și practic – de dreptul muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2010 (sub tipar).

²² Ș. Beligrădeanu, *Considerente – teoretice și practice – în legătură cu Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici*, în „Dreptul” nr. 2/2000, p. 7.

²³ Ibidem, p. 7 și urm.

b) Atât salariații, cât și funcționarii publici își pot exercita dreptul la grevă în condițiile legii (practic, al aceleiași legi; în prezent Legea nr. 168/1999);

c) Prestarea muncii (activității) și salariul constituie reciproc obiect și, respectiv, cauză atât în ce privește contractul individual de muncă, cât și cu referire la contractul (nenumit) al funcționarului public (parte în „raportul de serviciu” al acestuia);

d) Atât încadrarea în muncă, în temeiul contractului individual de muncă, cât și raportul de serviciu al funcționarului public presupun subordonarea persoanei fizice față de angajator, respectiv, față de autoritatea/instituția publică;

e) Stabilitatea funcționarilor publici, ca și loialitatea lor nu este specifică exclusiv funcționarilor publici, ci și salariaților, de vreme ce:

- atât în cazul funcționarilor publici, cât și în cel al salariaților, modificarea și încetarea raportului de serviciu/contractului individual de muncă, sunt permise exclusiv în condițiile strict limitativ statornicite prin lege;

- loialitatea și fidelitatea (art. 39 alin. 2 lit. d din Codul muncii) sunt noțiuni, în realitate, în situația dată, sinonime;

f) Atât salariații (persoanele încadrate în muncă), cât și funcționarii publici, au dreptul, în egală măsură, nu doar să adere la organizații sindicale, dar și să constituie atare organizații (art. 2 alin. 1, fraza 1 din Legea sindicatelor nr. 54/2003)²⁴;

g) Nu doar funcția publică reprezintă un ansamblu de atribuții și de răspunderi (art. 2 din Legea nr. 188/1999, republicată), ci orice funcție – publică sau nu – presupune un ansamblu de atribuții, sarcini de serviciu și răspunderi ce corespund competențelor legale/statutare ale autorității/instituției publice care numește funcționarul public, respectiv, ale angajatorului care încadrează un salariat, atribuții și sarcini de serviciu ori răspunderi ce trebuie îndeplinite (realizate) ori sunt atrase, în egală măsură, de către (față de) funcționarul public, în temeiul raportului său de serviciu, respectiv, de către (față de) salariat, în baza contractului său individual de muncă.

Așadar, nici acest aspect nu relevă vreo deosebire principială și caracteristică între raportul de serviciu și contractul individual de muncă, deci între funcționarul public și salariat (*a fortiori*, între funcționarul public și salariatul plătit din fonduri publice – „bugetar” –).

5. Opinia noastră, în sensul că funcționarul public are un raport juridic de muncă cu autoritatea/instituția publică în serviciul căreia se află, raport de natură contractuală, a fost însușit, relativ recent, de către Înalta Curtea de Casație și Justiție, prin decizia nr. 14/2008, pronunțată în Secția Unite²⁵, care a statuat că:

„... Ceea ce particularizează raportul de muncă (s. n. – Ș. B.) al funcției publice de raportul de muncă al salariaților este faptul că funcționarul public este purtător al funcției publice...

²⁴ Alte categorii socio-profesionale (cei care exercită, potrivit legii, o meserie sau profesiune „în mod independent” membrii cooperatori, agricultorii etc. pot adere la o organizație sindicală, însă nu pot să constituie o atare organizație (art. 2 alin. 1, fraza a doua din Legea nr. 54/2003).

²⁵ Publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 853 din 18 decembrie 2008.

Actul de numire în funcție... împreună cu cererea sau/și acceptarea postului de către viitorul funcționar public formează acordul de voință, contractul (s. n. – Ș. B.) administrativ.

Funcționarul public este o instituție a dreptului public, pe când salariatul este o instituție a dreptului muncii.”

Fiind de acord cu atare statuări, subliniem totodată două grave contradicții *in terminis*. Într-adevăr, este de neînțeles cum un raport contractual care, odată încheiat, dă naștere unui raport juridic de muncă, poate fi calificat totuși drept contract administrativ, iar nu de muncă (evident, diferit de contractul individual de muncă statornicit prin Codul muncii). Pe de altă parte, pentru identitate de rațiune, ne apare nefiresc ca funcționarul public să fie o „instituție a dreptului public”, de vreme ce raportul său de serviciu existent între el și autoritatea/instituția publică, constituie un raport juridic de muncă.

II. Estomparea continuă a deosebirilor dintre raportul juridic de muncă al salariaților și cel al funcționarilor publici

6. Subsecvent adoptării și intrării în vigoare a Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici (decembrie 1999 – ianuarie 2000), printr-o serie de reglementări legale s-a realizat, continuu, o estompere a diferențelor existente – firesc – între cele două tipuri ale raportului juridic de muncă, și anume: cel al salariaților și cel al funcționarilor publici.

Astfel:

A) Inițial, Legea nr. 188/1999 nu reglementa, în niciun mod, „acordurile colective”. Aceasta s-a realizat însă în anul 2003 când, în urma modificărilor și completărilor de substanță aduse Legii nr. 188/1999 prin Legea nr. 161/2003, art. 59–60 din Statutul funcționarilor publici (devenite, prin renumerotare în textul republicat în 2007, art. 72–73), s-a statornicit posibilitatea încheierii anuale între autoritățile și instituțiile publice și sindicatele reprezentative ale funcționarilor publici (ori cu reprezentanții acestora) a acordurilor colective, precum și constituirea comisiilor paritare²⁶ în cadrul autorităților și instituțiilor publice.

B) Prin Legea nr. 251/2006, Statutul funcționarilor publici a fost din nou modificat și completat, între altele prin reformularea art. 75 (art. 87, după renumerotarea survenită ca urmare a republicării Legii în 2007), în sensul că, alături de modificarea raporturilor de serviciu (inițial reglementată), s-a constituit o modalitate specială de modificare, și anume „mobilitatea în cadrul corpului funcționarilor publici ce poate avea loc fie în interesul funcționarului public” („pentru dezvoltarea carierei” – art. 87 alin. 1 lit. c), dar și „pentru eficientizarea activității autorității sau instituției publice” (art. 87 alin. 1 lit. a) ori „în interes public” (art. 87 alin. 1 lit. b). Cu privire la înalții funcționari publici reglementarea sumară din lege cu privire la „mobilitatea” acestora a fost

²⁶ Cu privire la corelația și deosebirile dintre acordurile colective și contractele colective de muncă (reglementate prin Codul muncii și prin Legea nr. 130/1996, republicată) și la problematica comisiilor paritare a se vedea: I. T. Ștefănescu, A. G. Uluitu, *Acordul colectiv dintre autoritățile sau instituțiile publice și funcționarii publici*, în „Dreptul” nr. 1/2008, p. 30–42; Al. Țiclea, *Acordurile colective de muncă*, în „Revista română de dreptul muncii” nr. 5/2009, p. 9–23.

dezvoltată prin art. 27–47 din Hotărârea Guvernului nr. 341/2007 privind intrarea în categoria înalților funcționari publici, managementul carierei și mobilitatea înalților funcționari publici²⁷.

„Mobilitatea” funcționarilor publici pentru eficientizarea activității autorității/instituției publice ori în interes public, măsura unilaterală (care, în afara unor cazuri excepționale, nu poate fi refuzată de funcționarul public, fiind totodată desfășurată pe perioadă nedeterminată), ce este de natură să zdruncine puternic „stabilitatea” sacrosantă a funcționarilor publici în cadrul „carierii” acestora.

Astfel, „cariera” funcționarilor publici devine mult mai aleatorie, asemănătoare cu cea a salariaților, care, pentru a evita concedierea dispusă de art. 65 din Codul muncii, sunt adesea siliți să fie „de acord” cu modificarea contractului lor individual de muncă, în legătură cu locul muncii, felul muncii, condițiile de muncă, salarizarea etc.²⁸

C) În cazul salariaților salariile se stabilesc prin negociere individuală ori colectivă, cu excepția salariaților autorităților/instituțiilor publice, cu privire la care salarizarea se stabilește prin lege (art. 157 din Codul muncii).

Cât privește pe funcționarii publici, și pentru aceștia salarizarea este legal stabilită prin „legea privind stabilirea sistemului unitar de salarizare pentru funcționarii publici” (art. 31 alin. 3 din Legea nr. 188/1999, republicată)²⁹. Pentru salariații plătiți din fonduri publice (personal medical, didactic, magistrați etc.), ca și pentru alte categorii de personal bugetar (demnitari etc.) există o pluralitate de acte normative.

Această puzderie de acte normative a fost (în bună parte) abrogată prin Legea-cadru nr. 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice³⁰ (în vigoare, de

²⁷ Hotărârea nr. 341/2007 s-a publicat în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 247 din 12 aprilie 2007.

²⁸ Potrivit art. 41 din Codul muncii, modificarea definitivă a contractului individual de muncă, de principiu, poate avea loc numai cu acordul salariatului, dacă sunt afectate elementele arătate mai sus (felul muncii, locul muncii, salarizarea etc.). Numai că, pentru evitarea concedierii pentru motivul desființării locului de muncă (efectivă și care are la bază o cauză reală și serioasă), conform art. 65 din Codul muncii, salariații, în condițiile unei economii funcționale de piață, sunt nevoiți – nolens volens – să accepte a li se modifica al lor contract individual de muncă în defavoarea lor, sub aspectele arătate, „prin acordul părților” (art. 41 alin. 1 din Codul muncii).

²⁹ O asemenea lege nu s-a adoptat. Pentru anii 2007–2009 legea în materie a fost Ordonanța Guvernului nr. 6/2007 (pentru funcționarii publici civili care se aflau sub incidența Legii nr. 188/1999), respectiv, Legea nr. 138/1999 (pentru funcționarii publici militari). Separat, existau acte normative speciale pentru anumite categorii de funcționari publici cu statut special (polițiști, diplomați etc.).

³⁰ Publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 762 din 9 noiembrie 2009 și dezvoltată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/2010 („Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 62 din 27 ianuarie 2010). Cu privire la aceste acte normative a se vedea și Ș. Beligrădeanu, I. T. Ștefănescu, *Considerații referitoare la unele dispoziții în legătură cu salarizarea personalului plătit din fonduri publice, cumulul pensiei cu salariu, cumulul de funcții și la negocierea colectivă înscrise în Legile nr. 330/2009 și nr. 329/2009, precum și în Ordonanța de urgență*

regulă, de la 1 ianuarie 2010), lege ce are drept obiect de reglementare „stabilirea unui sistem unitar de salarizare pentru personalul din sectorul bugetar plătit din bugetul consolidat al statului” (art. 1 alin. 1 din Lege).

Așadar, cu unele excepții ne semnificative, s-a realizat un sistem unitar de salarizare pentru toate categoriile de personal bugetar, iar nu doar pentru funcționarii publici aflați sub incidența Legii nr. 188/1999, înlăturându-se, astfel, o reglementare generală pentru aceștia din urmă și o pluralitate de reglementări pentru restul categoriilor de personal bugetar (salariați, funcționari publici cu statut special, alte categorii de personal bugetar – magistrați, demnitari etc.)³¹. *Hoc sensu*, deci și pe planul salarizării, prin adoptarea și intrarea în vigoare a Legii nr. 330/2009 s-a realizat, în materie, o estompere a deosebirilor dintre funcționarii publici și salariații bugetari.

D) De principiu, pentru salariați cumulul de funcții este permis (art. 35 din Codul muncii), în timp ce pentru funcționarii publici situația era inversă (art. 96 din cartea I a Legii nr. 161/2003). Această diferență de reglementare a fost simțitor atenuată (redușă) prin Legea nr. 330/2009 (art. 52) care, modificând art. 96 precitat, a statornicit că funcționarii publici pot exercita funcții sau activități nu doar în domeniul didactic, al cercetării științifice și al creației literar artistice (ceea ce era prevăzut și anterior), dar „și în alte domenii de activitate din sectorul privat, care nu sunt în legătură directă sau indirectă cu atribuțiile exercitate ca funcționar public potrivit fișei postului”.

E) Regimul cumulului pensiilor cu veniturile salariale, în scopul reducerii cheltuielilor bugetare, identic reglementat atât pentru personalul încadrat (la unitățile bugetare și în companii naționale, societăți naționale, regii autonome etc.) în temeiul unui contract individual de muncă, cât și pentru funcționarii publici care își desfășoară activitatea în autoritățile/instituțiile publice (art. 17 și urm. din Legea nr. 329/2009³²).

Și prin această interdicție a cumulului pensiei cu salariul³³ se unifică, o dată mai mult, regimul juridic al celor două categorii de personal bugetar care prestează muncă (activitate) în cadrul a două tipuri/forme diferite de raporturi juridice de muncă (salariați, pe temeiul contractului individual de muncă, respectiv, funcționari publici având raport de serviciu).

a Guvernului nr. 1/2010, în „Revista română de drept privat” nr. 1/2010, p. 54–87 și în „Dreptul” nr. 4/2010, p. 11–44.

³¹ Este adevărat că acest sistem „unitar” nu este chiar uniform (identic), în anexele Legii nr. 330/2001 existând numeroase reglementări „specifice” pentru numeroase categorii de personal bugetar (plătit din fonduri publice). Nu mai puțin însă sistemul este unitar în ceea ce privește principiile fundamentale ale reglementărilor (corelarea salariilor de bază pentru toate categoriile de personal bugetar, prin instituirea unui raport de 1 la 12 între salariul de bază minim și cel maxim, limitarea drastică a sporurilor la salariul de bază și – de regulă – unificarea acestora etc.).

³² Publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 761 din 9 noiembrie 2009.

³³ Interdicția operează numai dacă nivelul pensiei nete depășește nivelul salariului mediu brut pe economie indicat în legea bugetului asigurărilor sociale de stat (art. 17 alin. 1 din Legea nr. 329/2009). Pentru anul 2010 acest nivel (plafon) este de 1 836 lei (art. 16 alin. 2 din Legea nr. 12/2010 a bugetului asigurărilor sociale de stat pe anul 2010).

III. Tipologia raporturilor juridice de muncă

7. Dezvoltările expuse în cele două capitole precedente nu trebuie să creeze impresia că ar ființa numai două raporturi juridice de muncă: al salariaților și al funcționarilor publici, primii desfășurându-și activitatea în temeiul contractului individual de muncă, iar cei de al doilea în baza raportului de serviciu, generat prin încheierea unui contract nenumit.

În realitate, precum vom arăta în cele ce urmează, exista o reală tipologie a raporturilor juridice de muncă, alcătuită din mai multe forme ale acestora.

8. În acest sens, subliniem:

A) În primul rând, se evidențiază cu pregnanță raportul juridic de muncă al salariaților generat prin încheierea contractului individual de muncă, statornicit de Codul muncii (Legea nr. 53/2003) și de actele normative dezvoltătoare.

Dacă, juridic, contractul individual de muncă fundamentează raportul juridic de muncă al tuturor salariaților, în cadrul acestei categorii un contur aparte îl au salariații aflați în serviciul autorităților și instituțiilor publice, așadar plătiți din fonduri publice, care se particularizează prin aceea că pe calea contractelor colective aceștia nu își pot negocia „drepturile ale căror acordare și quantum sunt stabilite prin dispoziții legale” (art. 12 alin. 1, fraza finală din Legea nr. 130/1996, republicată; în același sens, dar cu referire numai la salarii, art. 3 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/2010).

B) O a doua categorie de raporturi juridice de muncă este aceea a funcționarilor publici care, după caz, sunt fie civili, fie militari, de vreme ce art. 16 alin. 3 din Constituția României (republicată) se referă, în mod expres, la „funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare...”

De regulă, activitatea funcționarilor publici civili este guvernată de Legea nr. 188/1999 (republicată) privind Statutul funcționarilor publici, care reprezintă dreptul comun în materie. Nu mai puțin însă, potrivit art. 5 alin. 1 din această lege, pot beneficia de statute speciale funcționarii publici care își desfășoară activitatea în cadrul anumitor servicii publice, precum structurile de specialitate ale Parlamentului României, Administrației Prezidențiale, Consiliului Legislativ, din serviciile diplomatice și consulare, din autoritatea vamală, din poliție și alte structuri ale Ministerului Afacerilor Interne ori din alte servicii publice stabilite prin lege.

În sfârșit, o ultimă categorie de funcționari publici sunt *militarii* (avându-se în vedere art. 16 alin. 3 din Constituția României), cu toate că Statutul cadrelor militare (Legea nr. 80/1995, succesiv de nenumărate ori modificată și completată) nu îi denumeste ca atare³⁴.

³⁴ „Cadre” militare există în: sistemul Ministerului Apărării Naționale, în sistemul Ministerului Afacerilor Interne (jandarmii și pompierii), în sistemul serviciilor de informații (Serviciul Român de Informații; Serviciul de Informații Externe; Serviciul de Telecomunicații Speciale) ori în Serviciul de Protecție și Pază.

Menționăm că soldații și gradații voluntari, deși sunt, evident, militari, totuși trebuie considerați drept salariați, având un contract de muncă de tip particular (a se vedea Ș. Beligrădeanu, *Considerații critice asupra diversificării nejustificate a reglementărilor legale privind competența materială a instanțelor judecătorești în domeniul soluționării litigiilor de muncă*, în „Dreptul” nr. 10/2009, p. 92–94).

În consecință, categoria funcționarilor publici se divide astfel:

a) Funcționari publici civili, cârmuiți, în principal, de Legea nr. 188/1999 (republicată);

b) Funcționari publici civili, cârmuiți de statute speciale, precum: polițiștii (Legea nr. 360/2002); funcționari publici din Administrația Națională a Penitenciarelor (Legea nr. 293/2004); funcționari publici parlamentari (Legea nr. 7/2006); funcționari publici din cadrul Autorității Naționale a Vămirilor (Legea nr. 10/2004); funcționari publici denumiți manageri publici (Legea nr. 92/2008); funcționari publici aflați sub incidența Statutului personalului silvic (Legea nr. 59/2000).

Deși nu sunt denumiți în mod expres drept funcționari publici, se încadrează în categoria funcționarilor publici cu statut special și: personalul de specialitate al instanțelor judecătorești și parchetelor de pe lângă acestea (Legea nr. 567/2004 privind statutul acestui personal)³⁵, precum și funcționari publici membri ai Corpului diplomatic și consular guvernati de Statutul acestui personal (Legea nr. 269/2003)³⁶.

c) Funcționari publici militari–militari (Legea nr. 80/1995).

C) Funcțiile de demnitate publică – demnitarii. Multă vreme această categorie de personal, desfășurându-și activitatea în temeiul unui raport de muncă, a fost doar evocat în Constituția României (art. 16 alin. 3) alături de funcționarii publici, fără să fi avut o reglementare proprie (statut etc.).

De curând, însă, prin anexele nr. IX; IX/1; IX/2; IX/3 și IX/4 din Legea nr. 330/2009 s-a conturat, foarte sumar, o atare reglementare.

În acest sens, art. 1 din anexa nr. IX la Legea nr. 330/2009 prevede³⁷ următoarele:

„Art. 1 – (1) funcția de demnitate publică este acea funcție publică care se ocupă prin mandat (s. n. – Ș.B.) obținut direct, prin alegeri organizate direct sau indirect, prin numire (s. n. – Ș.B.), potrivit legii.

(2) Funcțiile asimilate cu cele de demnitate publică sunt funcții de conducere din instituțiile publice aflate în subordinea Guvernului, nominalizate de către acesta”.

³⁵ Pentru justificarea opiniei potrivit căreia aceștia sunt funcționari publici, a se vedea Ș. Beligrădeanu, op. cit., în „Dreptul” nr. 10/2009, p. 97–99. De altfel, și Înalta Curte de Casație și Justiție, prin decizia nr. 14/2008 pronunțată în Secția Unite („Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 853 din 18 decembrie 2008), a statuat că personalul auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea se află în raporturi de serviciu cu aceste autorități publice. Or, noțiunea de raport de serviciu este proprie funcționarilor publici civili.

³⁶ În pofida unor reglementări formulate confuz sau greșit, înscrise în Statutul personalului diplomatic și consular al României (Legea nr. 269/2003), acest personal are calitatea de funcționari publici, în primul rând pentru că art. 5 alin. 1 lit. d din Legea nr. 188/1999 prevede expres că pot beneficia de statute speciale și funcționarii publici care își desfășoară activitatea în „serviciile diplomatice și consulare” (pentru dezvoltări, a se vedea Ș. Beligrădeanu, *Natura raportului juridic de muncă al membrilor Corpului diplomatic și consular al României în lumina Legii nr. 269/2003*, în „Dreptul” nr. 10/2003, p. 30–34.

³⁷ Această anexă este intitulată: „Reglementări specifice personalului care ocupă funcții de demnitate publică și personalului care ocupă funcții asimilate cu funcții de demnitate publică” (s.n. – Ș.B.).

În continuare în anexele IX/1; IX/2 și IX/3 Legea nr. 330/2009 enumeră analitic și exhaustiv toate funcțiile de demnitate publică, alese sau numite, existente în România³⁸, cu indicarea indemnizației lunare, respectiv, a salariului de bază lunar pentru fiecare dintre aceste funcții³⁹.

Analizând raportul juridic de muncă al funcțiilor de demnitate publică – una din cele patru mari categorii de persoane care desfășoară o activitate de putere publică⁴⁰ – am dezvoltat pe larg argumentele pentru care trebuie admis că și persoanele ce dețin atare funcții își desfășoară activitatea în temeiul unui raport juridic de muncă⁴¹.

Nu mai reluăm, *hic et nunc*, această argumentare; adăugăm însă în plus că art. 1 din anexa nr. IX la Legea nr. 330/2009, incluzând în rândurile personalului (plătit din fonduri publice) atât demnitari ce ocupă funcții de demnitate alese ori numite (retribuiți cu indemnizație lunară), cât și pe cei ce dețin funcții asimilate acestora (retribuiți cu salariu de bază lunar) întărește opinia noastră, de vreme ce Legea nr. 330/2009 prin noțiunea de „personal” (plătit din fonduri publice) vizează toate categoriile de persoane care, având un raport juridic de muncă, indiferent de forma/tipul acestuia, sunt „plătite” din fonduri publice (după caz, prin salariu de bază lunar ori prin indemnizație lunară).

În sfârșit, subliniem că deși persoanele care dețin funcții de demnitate publică eventual ar putea fi considerați drept o varietate de funcționari publici (civili), totuși legal o asemenea asimilare nu este posibilă deoarece, pe de o parte, art. 16 alin. 3 din Constituția României îi enumeră distinct, iar, pe de altă parte, art. 6 lit. e din Legea nr. 188/1999 exclude de la incidența acestei legi „persoanele numite ori alese în funcții de demnitate publică”.

D) Magistrații (judecătorii și procurorii din sistemul autorității judecătorești) își desfășoară activitatea în temeiul unui raport juridic de muncă distinct de toate cele precedente⁴², a

³⁸ Evidențiem că magistrații (judecători și procurori) nu fac parte din funcțiile de demnitate publică. Sunt însă incluși în acestea președintele și judecătorii Curții Constituționale (anexa nr. IX/2, poziția nr. 9–10), doar atare două funcții nu fac parte din autoritatea judecătorească, Curtea Constituțională figurând în Legea fundamentală în titlul V, iar nu în titlul III, cap. IV privitor la autoritatea judecătorească.

³⁹ Potrivit Legii nr. 330/2009 funcțiile de demnitate publică beneficiază de indemnizație lunară, în timp ce funcțiile asimilate cu funcțiile de demnitate publică beneficiază de salariu de bază lunar.

⁴⁰ Cu privire la faptul că există patru mari categorii de persoane care dețin funcții de putere publică a se vedea C.-L. Popescu, *Funcționarea Consiliului Superior al Magistraturii în ipostaza de instanță de judecată și dreptul la un proces echitabil*, în „Dreptul” nr. 3/2005, p. 39.

⁴¹ A se vedea Ș. Beligrădeanu, *Natura raportului juridic de muncă al magistraților*, în „Dreptul” nr. 7/2003, p. 37–41.

⁴² A se vedea: I. T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii (2007)*, cit. supra, p. 30–32; Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii (2009)*, cit. supra, p. 20–22; Ș. Beligrădeanu, *Considerații critice asupra diversității nejustificate...*, cit. supra, în „Dreptul” nr. 10/2009, p. 94; I. Popa, *Tratat privind profesia de magistrat în România*, Editura Universul Juridic, București, p. 393–405; I. Popa, *Drepturile bănești ale magistraților – salariu sau indemnizație*, în „Revista

căror activitate este cărmuită de Legea nr. 303/2004 (republicată) privind statutul judecătorilor și procurorilor și căreia nu i se aplică, în vreun mod, Legea nr. 188/190 privind Statutul funcționarilor publici (conform art. 6 lit. c al acestei legi). De altfel, abstracție făcând de acest aspect, magistrații nu pot fi considerați drept funcționari publici și pentru faptul că deși judecătorii și procurorii dețin, indiscutabil, funcții de putere publică, ei realizează, prin activitatea lor, puterea (autoritatea) judecătorească, iar nu puterea/autoritatea executivă (specifică funcționarilor publici de drept comun ori cu statut special).

Caracterizarea raportului juridic al magistraților drept raport juridic de muncă, inițial creație a doctrinei (nefiind legal expres statornicită) a fost acceptat recent și de Înalta Curte de Casație și Justiție prin decizia nr. 14/2008 pronunțată în Secții Unite (citată supra, notele 25 și 35) care a statuat că „... magistrații își desfășoară activitatea în temeiul unui raport de muncă sui generis, care are la bază un acord de voințe (contract nenumit de drept public⁴³), încheiat cu însuși statul, reprezentat de Președintele României și de Consiliul Superior al Magistraturii”.

E) Membrii cooperatori. Conform Legii nr. 1/2005 pentru organizarea și funcționarea cooperatiei⁴⁴ (art. 33 alin. 1), raportul juridic dintre societatea cooperativă și membrul cooperador este complex, putând concomitent să existe, de la caz la caz, trei categorii de raporturi juridice, și anume: raporturi patrimoniale, raporturi comerciale și raporturi de muncă, acestea din urmă (cele de muncă) fiind „în cazul membrilor cooperatori, asociați la muncă și capital, în temeiul contractului individual de muncă sau al convenției individuale de muncă, după caz, încheiat/încheiată cu societatea cooperativă al cărei membru este”⁴⁵. Așadar, suntem în prezența unui alt raport juridic de muncă⁴⁶, diferit de cel care se naște din contractul individual de muncă, reglementat de Codul muncii, în pofida împrejurării potrivit căreia și membrul cooperador (dacă are și un raport de muncă, alături de raporturi patrimoniale – depunerea de părți sociale și/sau

română de dreptul muncii” nr. 2/2005, p. 79; A. Cioriciu, *Considerații privind transferul magistraților*, în „*Revista română de dreptul muncii*” nr. 4/2006, p. 96..

Menționăm că în studiul nostru indicat în nota precedentă (*Natura raportului juridic al magistraților*, în „*Dreptul*” nr. 7/2003, p. 29 și urm.) am considerat că magistrații ar deține funcții de demnitate publică. O atare susținere în prezent nu mai are nici un suport legal având în vedere cele arătate supra, nota 38 (judecătorii și procurorii din sistemul autorității judecătorești nu sunt incluși în rândul funcțiilor de demnitate publică, alese ori numite, indicate în anexele nr. IX/1; IX/2; IX/3 și IX/4 la Legea nr. 330/2009).

⁴³ Cu privire la faptul că un atare contract nu este de drept public, ci de muncă (diferit, evident, de contractul individual de muncă reglementat de Codul muncii) a se vedea supra, pct. 4 (in fine) al studiului de față.

⁴⁴ Publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 172 din 28 februarie 2005.

⁴⁵ Legea nr.1/2005 nu precizează care este deosebirea între contract individual de muncă și convenție individuală de muncă, precizare ce se impunea, deoarece în dreptul civil noțiunile de contract și de convenție, de regulă, sunt concepute ca fiind sinonime (a se vedea, în acest sens, M. Costin, C. Costin, *Dicționar de drept civil de la A la Z*, ediția a II-a, Editura Hamangiu, București, 2008. p. 196).

⁴⁶ A se vedea, în acest sens, I. T. Ștefănescu, *Tratat de drept al muncii (2007)*, cit. supra, p. 32–33; Al. Țiclea, *Tratat de drept al muncii*, cit. supra, p. 27–28.

aporturi în natură –, sau/și comerciale – livrări de produse ori prestări de servicii efectuate de membrul cooperativ pentru societatea cooperativă în calitate de operator economic independent) își desfășoară activitatea fie în temeiul unui contract individual de muncă, fie al unei convenții individuale de muncă.

Așadar, după cum s-a susținut, „cooperatorii se află în raporturi tipice de muncă suprapuse pe raporturile juridice cooperatiste”⁴⁷ (s. n. – Ș.B.).

Afirmația este corectă, dar cu mențiunea că această pluralitate de raporturi juridice explică tocmai existența unor raporturi juridice de muncă ce sunt diferite (deși suprapuse) față de cele „cooperatiste” (de drept cooperatist).

În plus, adăugăm că, potrivit art. 33 alin. 3 din Legea nr. 1/2005, „Pentru societățile cooperatiste, raporturile de muncă ale membrilor cooperatori se pot reglementa prin lege specială”⁴⁸ (s. n. – Ș.B.).

IV. O viziune monistă asupra obiectului dreptului muncii

9. Tipologia complexă a raporturilor juridice de muncă, prezentată mai sus (cap. III), generează o problemă de principiu cu valențe teoretice, și anume care este, în fond, în prezent, obiectul științei dreptului muncii, indiscutabil ramură a sistemului dreptului român⁴⁹.

După cum se știe, în mod tradițional, dreptul muncii, sintetic, a fost definit ca fiind, în esență, dreptul contractelor (individuale și colective) de muncă; această definiție este corectă, numai că ea are în vedere dreptul muncii în înțeles strict (*stricto sensu*)⁵⁰, tradițional.

Problema pe care o abordăm, *hic et nunc*, este aceea dacă în prezent putem să mai privim atât de restrâns dreptul muncii – axat exclusiv pe raportul juridic de muncă al salariaților reglementat de Codul muncii și axat pe contractul de muncă – iar aceasta în condițiile în care există o pluralitate a raporturilor juridice de muncă, altele decât cel întemeiat pe contractul individual de muncă.

În opinia noastră, în mod ferm, categoric și neechivoc, se impune răspunsul negativ. În alți termeni, trebuie adoptată, fără discuție și astăzi o viziune monistă a dreptului muncii; așadar, dreptul muncii are drept obiect totalitatea raporturilor juridice de muncă (expuse supra, cap. III),

⁴⁷ Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii (2009)*, cit. supra, p. 28.

⁴⁸ Din nefericire o atare lege nu a fost – până în prezent – adoptată; așa fiind, până la adoptarea acesteia rămâne deschisă precizarea deosebirii legale dintre contractul individual de muncă și convenția individuală de muncă în situația cooperatorilor vizați de art. 33 alin. 1 din Legea nr. 1/2005.

⁴⁹ Cu privire la lungul drum al devenirii dreptului muncii ca o ramură autonomă de drept a se vedea bibliografia indicată în nota 4 (subsol) a studiului *Privire analitică asupra corelației dintre noul Cod civil și Codul muncii* de I. T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, în „*Dreptul*” nr. 12/2009, p. 12.

⁵⁰ *Ibidem*.

iar nu exclusiv raportul juridic de muncă al salariaților, deși acesta din urmă este dominant numeric⁵¹.

Într-adevăr, dacă percepem ramura de drept ca fiind „ansamblul normelor juridice care reglementează relațiile sociale dintr-un anumit domeniu al viței sociale pe baza unei metode specifice de reglementare și a unor principii comune”⁵², ni se pare vădit aberant ca doar o singură categorie (tip/formă) a raportului juridic de muncă (și anume raportul juridic al salariaților) să facă parte din obiectul dreptului muncii, toate celelalte raporturi juridice (ale funcționarilor publici – civili sau militari –, ale persoanelor ce dețin funcții de demnitate publică, ale magistraților, ale cooperativelor), deși raporturi juridice de muncă, să fie incluse, în prezent, în alte ramuri de drept (administrativ sau cooperatist, după caz).

O atare concluzie – juridică, logică, metodologică și de bun simț – se impune ferm chiar în prezent, în mod inexorabil, fără a fi necesare modificări legislative, iar nu ca o simplă reverie teoretică ori ca o viziune de prefigurare a viitorului sub acest aspect (deci de domeniul viitorologiei), reverie și viziune, care, pentru a deveni realitate, s-ar impune modificări legislative la nivelul principiilor, esențelor, teoriei etc.

10. În lumina celor expuse, în ce ne privește, concepem – precum am arătat – în mod monist, un drept al muncii înțeles unitar și *lato sensu*, având drept obiect nu doar contractul individual de muncă (raportul juridic de muncă al salariaților), ci ansamblul tuturor raporturilor juridice de muncă, drept al muncii unic și unitar, configurat/divizat după cum urmează:

A) Dreptul comun al muncii (dreptul „clasic” sau „tradițional” ori *stricto sensu*), privitor exclusiv la raportul juridic de muncă al salariaților (inclusiv cei plătiți din fonduri publice, fiind „bugetari”), axat pe contractul individual de muncă reglementat de Codul muncii.

Acest drept comun al muncii constituie pivotul (nucleul) în jurul căruia gravitează toate subdiviziunile dreptului special al muncii.

Dreptul comun al muncii, la rândul său, are o parte generală (Codul muncii și actele normative derivate din acesta) și o parte specială [care se referă la anumite categorii de salariați cu statut special, așadar, cu privire la care s-au adoptat statute speciale de personal, cum ar fi, de pildă: Statutul personalului didactic – Legea nr. 128/1997 –; Statutul personalului de cercetare-dezvoltare (Legea nr. 319/2003) ș.a.]⁵³.

⁵¹ Din totalul persoanelor care, în România, își desfășoară activitatea în cadrul raporturilor juridice de muncă, salariații reprezintă cel puțin 92–93% (în aceștia se includ și salariații plătiți din fonduri publice: personal didactic, medico-sanitar etc.), restul (cel mult 7–8%) fiind reprezentat de persoane care își desfășoară activitatea ca funcționari publici (civili și militari), demnitari, magistrați, cooperativi (în condițiile art. 33 alin. 1 din Legea nr. 1/2005).

⁵² A se vedea N. Popa, *Conceptul dreptului*, în „*Teoria generală a dreptului*” de N. Popa, M.- C. Eremia, S. Cristea, ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 68.

⁵³ În cazul dat, suntem în prezența unei părți speciale a dreptului comun al muncii (iar nu a unei componente a părții speciale a dreptului muncii), întrucât determinant este faptul că predomină, în concepția noastră, natura raportului juridic de muncă. Or, și în cazul salariaților a căror activitate este guvernată de statute speciale, ca și în cazul

b) Dreptul special al muncii (denumit, uneori, dreptul muncii lato sensu), astfel divizat:

a) Dreptul special al muncii privitor la funcționarii publici, care, la rândul său, se împarte precum urmează:

- Dreptul comun al funcționarilor publici (civili), fundamentat legal, în principiu, pe Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici;

- Dreptul funcționarilor publici (civili) cu statut special (enumerați supra, cap. III, pct. 7, lit. B, lit. b), și anume: poliștii (Legea nr. 360/2002); funcționarii publici din administrația penitenciarelor (Legea nr. 243/2004); funcționarii publici parlamentari (Legea nr. 7/2006); funcționarii publici din cadrul Administrației Naționale a Vămilelor (Legea nr. 10/2004); funcționarii publici denumiți manageri publici (Legea nr. 92/2008); funcționarii publici aflați sub incidența Codului silvic (Legea nr. 59/2000)⁵⁴; personalul diplomatic și consular (Legea nr. 269/2003); personalul de specialitate al instanțelor judecătorești și parchetelor de pe lângă acestea (legea nr. 567/2004);

- Militari (Legea nr. 80/1995), deci cei care, în terminologia Constituției României (art. 16 alin. 3), dețin funcții publice militare;

b) Dreptul special al muncii privitor la persoanele care dețin funcții de demnitate publică alese sau numite ori asimilate acestora, enumerate în anexele IX/1; IX/2; IX/3; IX/4 la Legea nr. 330/2009;

c) Dreptul special al muncii privitor la magistrați (judecători și procurori) care își desfășoară activitatea în temeiul Constituției României (art. 126 și urm.) și al Legii nr. 303/2004, republicată (Statutul judecătorilor și procurorilor).

d) Dreptul special al muncii privitor la cooperatorii care se află în raporturi juridice de muncă cu societatea cooperativă, în condițiile precizate de art. 33 alin. 1 lit. b din Legea nr. 1/2005⁵⁵.

salariaților obișnuiți, activitatea lor se desfășoară în temeiul contractului individual de muncă statornicit de Codul muncii.

⁵⁴ Codul silvic (Legea nr. 59/2000) este aplicabil atât silvicultorilor funcționari publici, cât și silvicultorilor salariați.

⁵⁵ Al. Țiclea în studiul intitulat *Opinii privind dreptul public al muncii – subramură a dreptului muncii*, în „*Revista română de dreptul muncii*” nr. 4/2009, p. 9–23 (studiu reprodus și în volumul *Dreptul public al muncii – coordonator Al. Țiclea –*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p. 23–36) consideră că dreptul public al muncii ar fi „acea subramură a dreptului muncii, alcătuit din ansamblul normelor juridice care reglementează relațiile de serviciu ale funcționarilor publici, precum și ale celorlalte categorii de personal investite cu exercitarea autorității de stat, în temeiul unor statute juridice speciale” (ibidem, p. 23, respectiv, p. 36). Așadar, sub această denumire, autorul vizează ceea ce noi denumim dreptul special al muncii (cu excepția evidentă a raporturilor juridice de muncă ale cooperativelor). În principiu, suntem de acord cu o atare opinie (ce concordă cu a noastră). Remarcăm însă că: pe de o parte, nicio lege nu denumește raporturi de serviciu raporturile juridice de muncă ale militarilor, ale celor ce dețin funcții de demnitate publică ori ale magistraților. Pe de altă parte și mai ales, denumirea de „drept public al muncii” conține, în sine, o contradicție *in terminis*, de vreme ce dreptul muncii, în ansamblul său, nu este nici exclusiv privat

11. Întru fundamentarea obiectului dreptului muncii, potrivit celor expuse în prezentul capitol (pct. 9 și 10), unele precizări și sublinieri complementare se mai impun.

Astfel:

a) Art. 2 lit. a din Codul muncii dispune că prevederile acestui Cod se aplică persoanelor încadrate prin contract individual de muncă, ce sunt cetățeni români și prestează muncă în România, iar art. 295 alin. 2 al Codului statornicește că normele sale se aplică „cu titlu de drept comun și acelor raporturi juridice neîntemeiate pe un contract individual de muncă, în măsura în care reglementările speciale (s. n. – Ș.B.) nu sunt complete și aplicarea lor nu este incompatibilă cu specificul raporturilor de muncă respective”.

Textul art. 295 alin. 2, reprodus mai sus, fundamentează perfect opinia noastră, în sensul că Legea nr. 53/2003 (Codul muncii) constituie dreptul comun al muncii în materia relațiilor juridice de muncă, iar, totodată, că există și alte raporturi juridice de muncă decât raportul juridic al salariatului (axat pe contractul individual de muncă, reglementat de Codul muncii). Pe de altă parte, același Cod, specificând expres că există și alte raporturi juridice de muncă (cuprinse în „reglementări speciale”), nu statornicește că acestea din urmă trebuie să fie incluse (să facă parte) din alte ramuri de drept (constituțional, administrativ, cooperatist). În sfârșit, art. 2 lit. a din Codul muncii precizează doar că „prezentul Cod” (deci cel al muncii) se aplică persoanelor fizice încadrate prin contract individual de muncă, fără ca să mai adauge că numai un atare raport juridic de muncă ar face parte din dreptul muncii.

Așadar, art. 2 lit. a, coroborat cu art. 295 alin. 2 din Codul muncii sunt texte ce confirmă și fundamentează opinia noastră, în sensul că dreptul muncii trebuie conceput monist, *summa divisio* a sa fiind dreptul comun al muncii și, respectiv, dreptul special al muncii.

De altfel, Codul muncii și, în general, legislația nu reglementează împărțirea dreptului în ramuri și subramuri, aceasta fiind în sarcina doctrinei juridice, a autorilor de tratate, cursuri și manuale de drept, iar nu a legiuitorului. În alți termeni, art. 295 alin. 2 din Codul muncii operează exclusiv cu noțiunile/instituțiile juridice de „drept comun” și, respectiv, de „reglementări speciale”, iar nu cele de „dreptul muncii”, respectiv, „ramuri” („subramuri”) ori „ramuri de drept distincte” („alte ramuri” decât dreptul muncii), toate acestea din urmă (legate de ramură, subramură sau alte ramuri de drept) neprezentând relevanță pe planul edictării dreptului pozitiv (în speță a unui Cod al muncii).

În sfârșit, după cum am mai subliniat, Legea nr. 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, aplicabilă, deopotrivă, personalului contractual (salariat), funcționarilor publici (civili și militari), persoanelor ce dețin funcții de demnitate publică și magistraților constituie o dovadă în plus a justeței tezei privind concepția unitară (monistă) a obiectului dreptului muncii.

și nici exclusiv public, dar totuși un drept predominant privat, fundamentat pe raporturi contractuale (I. T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Privire analitică asupra corelației dintre noul Cod civil și Codul muncii*, cit. supra, în „Dreptul” nr. 12/2009, p. 12).

b) Pentru identitate de rațiune, situarea art. 33 alin. 1 în Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperăției nu poate constitui un temei al susținerii că raporturile juridice de muncă ale cooperatizatorilor s-ar include în dreptul cooperatist. Dimpotrivă, diferențierea făcută de textul legal amintit între raporturile juridice patrimoniale și cele comercial-cooperatiste, pe de o parte, și cele de muncă (ale cooperatizatorilor), pe de altă parte, fundamentează opinia noastră, în sensul că doar prima categorie de raporturi juridice poate constitui obiect al dreptului cooperatist, în timp de acela de muncă sunt o componentă a dreptului (special) al muncii.

c) Curtea Constituțională, în cuprinsul deciziei nr. 356/2005⁵⁶ (referitoare la o excepție de neconstituționalitate în legătură cu art. 38 din Codul muncii), într-un considerent a afirmat, în treacăt, că dreptul muncii (cu privire la salariați; la contractul individual de muncă) reprezintă „o ramură distinctă de drept”. Aceasta nu înseamnă însă că instanța constituțională s-a pronunțat și cu privire la faptul că o atare ramură de drept nu ar putea avea și o parte specială (având ca obiect celelalte raporturi juridice de muncă, altele decât acelea bazate pe contractul individual de muncă), iar aceasta cu atât mai mult cu cât o atare discuție nu avea nicio legătură cu speța (care avea ca obiect o excepție de neconstituționalitate a unui text din Codul muncii).

d) Concepția monistă a obiectului dreptului muncii își găsește justificarea și în aceea că Organizația Internațională a Muncii (ale cărei convenții și recomandări fac parte din dreptul internațional al muncii), uneori adoptă atare norme și cu privire la funcționarii publici [cazul, de pildă, al Convenției nr. 151 (1978) asupra relațiilor de muncă din funcția publică, ce a fost completată prin Recomandarea nr. 159 (1978) având același obiect⁵⁷].

12. Dacă susținem, cu fermitate, concepția unei viziuni moniste a obiectului dreptului muncii și a diviziunii sale în dreptul comun al muncii și dreptul special al muncii, nu mai puțin respingem categoric existența unui așa-numit drept profesional⁵⁸ (care ar include în obiectul său nu doar totalitatea reglementărilor legale privitoare la raporturile juridice de muncă, ci și reglementările legale referitoare la persoanele fizice ce fac parte din profesiile liberale – liberii profesioniști –⁵⁹ ori la persoanele fizice autorizate care desfășoară activități economice independente (singuri ori împreună cu membrii familiei lor)⁶⁰, întrucât toți aceștia prestează

⁵⁶ Publicată în „*Monitorul oficial al României*”, partea I, nr. 825 din 13 septembrie 2005.

⁵⁷ Cu privire la Convenția nr. 151 (1978) și la Recomandarea nr. 159 (1978) a Organizației Internaționale a Muncii, a se vedea N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, Paris, 1983, p. 264–266.

⁵⁸ Cu privire la un atare așa-zis „drept profesional” a se vedea I. T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii (2007)*, cit. supra, p. 21 și p. 37–39; Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii (2009)*, cit. supra, p. 12.

⁵⁹ Cu privire la conceptul de profesii liberale (liber-profesioniști) și la enumerarea exhaustivă a tuturor categoriilor de profesii liberale din România a se vedea Gh. Moroianu, *Statutul profesiilor liberale*, Editura Universul Juridic, București, 2008; 560 pagini.

⁶⁰ Cu privire la acestea a se vedea Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, publicată în „*Monitorul oficial al României*”, partea I, nr. 328 din 25 aprilie 2008.

munca independent, așadar, fără a se afla într-un raport contractual de muncă cu orice altă persoană juridică sau fizică.

Or, chiar dacă teza autonomiei unui atare așa-zis „drept profesional” este, uneori, vânturată prin unele țări (fie ele și avansate, membre ale Uniunii Europene), în opinia noastră, este vădit aberant a se amalgama, în aceeași ramură de drept, diferitele categorii de persoane care prestează muncă (activitate) în temeiul unor raporturi contractuale, ce presupun subordonare, salarizare etc., așadar, raporturi juridice de muncă, cu persoanele care își desfășoară activitatea independent (fără a exista atare raporturi juridice de muncă), ce au raporturi contractuale exclusiv fie cu furnizorii lor de materie primă, energie electrică etc., fie cu clienții lor, beneficiarii activității (muncii) prestate de aceste persoane independente, activități de natură industrială, comercială, transporturi, construcții, prestări de servicii – fizice ori intelectuale (cazul liber-profesioniștilor) – etc., activități desfășurate – de regulă – de unul singur, cu sau fără ajutorul membrilor de familie⁶¹ și care, în sfârșit și esențial, nu au și nici nu pot avea drepturi salariale.

13. Firește, raporturile juridice generate de încheierea convențiilor civile de prestări de servicii⁶² nu sunt expresia unui raport juridic de muncă, ci a unui contract civil, evident în măsura în care nu suntem în prezența unui contract individual de muncă deghizat, deci a unei fraude la lege⁶³.

Aceeași soluție se impune, pentru identitate de rațiune, și în cazul contractelor privind dreptul de autor și/sau drepturile conexe, încheiate în temeiul Legii nr. 8/1996.

14. Se înțelege de la sine că toate cele expuse în prezentul capitol al studiului nostru privesc numai obiectul dreptului intern (român) al muncii.

Așa fiind, nu se poate face abstracție și de împrejurarea că, deosebit de dreptul intern al muncii, există și „dreptul internațional al muncii, ca parte a dreptului internațional contemporan”, care „are ca obiect relațiile dintre state referitoare la armonizarea legislației muncii și securității sociale și aplicarea uniformă a unui ansamblu de norme cuprinse, în principal, în convențiile și recomandările Organizației Internaționale a Muncii...”⁶⁴ sau elaborate în cadrul ONU, a instituțiilor sale specializate ori a unor organizații regionale (în cazul Europei, evident Uniunea Europeană)⁶⁵.

⁶¹ Evident, în cazul liber-profesioniștilor, munca/activitatea prestată în asociere (cu alți liber-profesioniști) și/sau cu ajutorul salariaților constituie o situație frecventă.

⁶² Cu privire la acestea și la asemănările și deosebirile dintre atare convenții și contractele individuale de muncă, a se vedea M. Ioan, *Contractul individual de muncă și convenția civilă de prestări de servicii*, Editura Wolters Kluwer, București, 2009; 319 pagini.

⁶³ Pentru eludarea legislației privitoare la plata contribuțiilor sociale (contribuția de asigurări sociale, asigurări de sănătate, pentru constituirea bugetului asigurărilor de șomaj etc.).

⁶⁴ A. Popescu, *Dreptul internațional și european al muncii*, ediția a II-a, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 103.

⁶⁵ Ibidem.

În studiul de față nu am abordat problematica dreptului internațional al muncii, azi existența acestui drept – parte a dreptului internațional contemporan – nefiind contestată în doctrina română⁶⁶.

15. Opiniile noastre, aici expuse, au și o valență practică, și anume la disciplina „dreptul muncii”, predată la facultatea de drept – de stat ori private –, ar urma să se predea (studieze) nu doar dreptul muncii tradițional (dreptul muncii „*stricto sensu*” deci comun al muncii), fundamentat pe Codul muncii și pe contractul individual de muncă, ci, totodată, ar urma a se preda (studia) și dreptul special al muncii, așadar, problematica raporturilor juridice de muncă ale funcționarilor publici – civili și militari – ale celor ce dețin funcții de demnitate publică, ale magistraților și ale cooperabililor, precum și – succint – dreptul internațional al muncii.

Firește, *hoc sensu* înțeles, obiectul dreptului muncii apare necesar ca numărul orelor de curs și seminar afectate acestei discipline să fie sporit simțitor (în raport cu numărul de ore afectat în prezent).

16. Suntem pe deplin conștienți că susținând cu tărie, fără șovăire, cele expuse în capitolele III și IV ale studiului de față ne asumăm riscul de a trezi opoziția dură a unor valoroase cadre didactice din învățământul superior ce predau, la ora actuală, disciplina „dreptul muncii” la facultățile de drept din România și care vor fi siliți – dacă s-ar accepta viziunea noastră monistă – să-și refacă radical, într-o altă arhitectură, tratatele, cursurile și manualele lor privitoare la disciplina „dreptul muncii”.

De asemenea, ne așteptăm, concomitent, și la opoziția puternică a cadrelor universitare care predau dreptul administrativ, întrucât ar trebui să renunțe la capitolele privitoare la statutul funcționarilor publici din tratatele/cursurile/manualele lor de drept administrativ.

Numai că, de dragul adevărului științific, ne asumăm – cu seninătate – atare riscuri, eventual chiar majore.

⁶⁶ Cu privire la problematica definirii dreptului internațional al muncii, obiectul, subiectele, funcțiile etc. ale acestui drept și cu referire la raportul dintre dreptul internațional al muncii și dreptul intern a se vedea *ibidem*, p. 93–121.