

Revistă fondată în anul 1871 de „Societatea Juridică”

Revistă recunoscută CNC SIS – cod 611 –
categoria indexată în **B+** (2010, 2011)

EDITOR-ŞEF: dr. honoris causa, dr. **Gavril Iosif Chiuzbaian**, preşedintele Uniunii Juriştilor din România

EDITOR EXECUTIV: prof. univ. dr. **Ovidiu Predescu**, Universitatea „George Bariţiu”, Braşov

EDITOR ŞTIINŢIFIC: prof. univ. dr. honoris causa, dr. **Ioan Alexandru**, S.N.S.P.A. Bucureşti

COMITETUL ŞTIINŢIFIC REDACŢIONAL

• prof. univ. dr. honoris causa, dr. **George Antoniu**, director ştiinţific onorific al Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române • prof. univ. dr. **Gheorghe Avornic**, rectorul Universităţii de Stat din Chişinău • dr. honoris causa, dr. **Şerban Beligrădeanu**, redactor-şef • prof. univ. dr. **Eugen Chelaru**, Universitatea din Piteşti, decanul Facultăţii de Ştiinţe Juridice şi Administrative • prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănişor**, rectorul Universităţii din Craiova • prof. univ. dr. **Emilian M. Dobrescu**, Academia Română, secretar ştiinţific de secţie • prof. univ. dr. honoris causa, dr. **Ion Dogaru**, membru corespondent al Academiei Române • prof. univ. dr. **Natalie Fricero**, Universitatea din Nisa, directorul Institutului de Studii Judiciare, Franţa • conf. univ. dr. **Gheorghe Gheorghiu**, Universitatea „Valahia” din Târgovişte, Facultatea de Drept – membru în colegiul de redacţie • prof. univ. dr. emerit **Edmond Jouve**, Universitatea „Paris Descartes” • prof. univ. dr. **Pierre Lemieux**, director-profesor titular la Institutul de Înalte Studii Internaţionale, Universitatea Laval, Québec, Canada • prof. univ. dr. honoris causa, dr. **Ioan Leş**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu – membru în colegiul de redacţie • prof. univ. dr. **Radu Motica**, Universitatea de Vest, Timişoara, Facultatea de Drept şi Ştiinţe Administrative • prof. univ. dr. **Elena Ana Nechita**, Universitatea „Agora” din Oradea • prof. univ. dr. **Neumann Ribera Teodoro**, rectorul Universităţii Autonome din Santiago de Chile • **Sorin Popescu**, preşedinte de secţie la Consiliul Legislativ – membru în colegiul de redacţie • prof. univ. dr. **Represa Sacristan Marcos**, rectorul Universităţii din Valladolid, Spania • prof. univ. dr. **Vasile Stănescu**, membru de onoare al Academiei Române • prof. univ. dr. **Bela Szabo**, Universitatea din Debrecen, decanul Facultăţii de Drept • prof. univ. dr. **Daniel-Mihail Şandru**, Centrul de Studii de Drept European din cadrul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române • prof. univ. dr. **Tudorel Toader**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iaşi, decanul Facultăţii de Drept • prof. univ. dr. **Ovidiu Ungureanu**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept • conf. univ. dr. **Nasty Vlădoiu**, Universitatea „Transilvania”, Braşov, Facultatea de Drept • prof. univ. dr. honoris causa, dr. **Arroyo Zapatero**, preşedintele Institutului de Drept Penal European din Ciudad Real, Spania

COMISIA TEHNICĂ

Mihail Albici, secretar executiv, Uniunea Juriştilor din România

Neculai Galeriu, director executiv, Editura Universul Juridic

Mihaela Luca, director, Compania de Informatică Neamţ



Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor
juridice conform ordinului ministrului ECTS nr. 4691/2011
Revista „Dreptul”, revistă încadrată în categoria B+, este indexată în
bazele de date internaționale de mai sus

CUPRINS

ACTE NORMATIVE NOI

MARIAN NICOLAE: <i>Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu</i>	11
TEODOR BODOAȘCĂ, AURELIA DRĂGHICI: <i>Recunoașterea filiației în reglementarea Legii nr. 287/2009 privind Codul civil</i>	40
ALIN-ADRIAN MOISE: <i>Scurte considerații despre partajul voluntar în sistemul noului Cod civil</i>	58
CLAUDIA ROȘU, ADRIAN FANU-MOCA: <i>Administrarea probelor în noul Cod de procedură civilă</i>	77
GHEORGHE IVAN, MARI-CLAUDIA IVAN: <i>Unele inovații discutabile ale noului Cod penal român</i>	88

STUDII – DISCUȚII – COMENTARII

CODRUȚA HAGEANU: <i>Invocarea din oficiu și în orice fază a procesului a incidenței prescripției extinctive începute înainte de intrarea în vigoare a noului Cod civil</i>	108
GABRIELA CRISTINA FRENȚIU: <i>Discuții privitoare la aplicarea Legii nr. 221/2009 în cazul prizonierilor de război sau al persoanelor deportate pe criterii etnice</i>	113
BUJOREL FLOREA: <i>Împreviziunea și incidența acesteia asupra contractului, cu referire specială privitoare la contractul de cesiune a unei opere literare, artistice sau științifice</i>	118

**NULITATEA PARȚIALĂ ȘI CLAUZELE CONSIDERATE
NESCRISE ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL.
ASPECTE DE DREPT MATERIAL ȘI DREPT TRANZITORIU***

dr. **MARIAN NICOLAE****
Conf. univ. – Facultatea de Drept,
Universitatea din București

ABSTRACT

The new Civil Code, unlike the old Code, includes a quasi-complete provision on the invalidity of the contract based on the fundamental distinction between absolute invalidity and relative invalidity.

Invalidity - either absolute or relative - can be both complete and partial.

Regardless of its form or the way it is established or in which it operates, partial invalidity may appear either as an explicit invalidity, therefore, in the form of clauses declared null or voidable or, more recently, either in the form of clauses deemed unwritten, or as tacit invalidity (obviously partial).

In terms of terminology, the phrase or formula "clauses deemed unwritten" is an easy, therefore practical way to designate certain ancillary unlawful clauses which are automatically void.

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.

Prezentul articol reprezintă, în esență, o dezvoltare a intervenției autorului la Conferința „Reglementări fundamentale în Noul Cod civil și în Noul Cod de procedură civilă”, București, 17-18 februarie 2012, Aula Magna, Palatul Facultății de Drept a Universității din București, organizată de Facultatea de Drept a Universității din București și Asociația Conferințele Facultății de Drept a Universității din București, având ca temă *Nulitatea parțială în noul Cod civil (sau despre clauze nule și cele socotite nescrise*. În vederea publicării în revista „Dreptul”, această comunicare a fost revăzută, restructurată și completată, ținându-se seama de aparatul critic care a stat la baza elaborării ei, precum și de referințele bibliografice noi, consultate până la definitivarea formei sale actuale (21 iulie 2012).

** e-mail: nicolmarian@gmail.com

***Ratione temporis*, partial invalidity, regardless of its form, is and shall remain subject to the law in force at the date of conclusion of the contract and not to the law in force at the date the invalidity was determined or that when the contract was cancelled and neither subject to the law in force at the date the parties are reinstated to the previous status.**

Keywords: new Civil Code; invalidity of the contract; types of invalidity; partial invalidity; clauses deemed unwritten; law applicable to invalidity; non-retroactivity of the new law.

I. NULITATEA CONTRACTULUI ÎN NOUL COD CIVIL. PREZENTARE GENERALĂ

1. *Preliminarii.* După cum se știe, în vechiul *Cod civil* nu a existat o reglementare unitară, generală și/sau de principiu, a nulității contractului, textele privitoare la nulitate în baza cărora s-a construit, în timp, o teorie a nulității fiind răspândite în tot Codul civil de la 1864 [a se vedea art. 5, 790 alin. (1), 803, 822-823, 839, 886, 910 alin. (2), 953, 961, 965-966, 1008, 1010, 1067, 1156, 1167-1168, 1190, 1308-1309, 1211, 1689 alin. (2), 1712, 1716, 1774-1776, 1897, 1900 etc.]¹. Absența unei reglementări generale explică, în bună parte, și

¹ Pentru amănunte cu privire la nulitatea contractului (actului) în lumina vechiului Cod civil (1864), a se vedea, spre ex.: Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a VIII-a revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Editura Universul Juridic, București, 2003, p. 213 sqq.; A. Ionașcu, *Drept civil. Partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1963, p. 105 sqq.; Tr. Ionașcu, E. Barasch, *Nulitatea actului juridic civil*, în „Tratat de drept civil”, vol. I, Partea generală, de Tr. Ionașcu et alii, Editura Academiei, București, 1967, p. 320 sqq.; T.R. Popescu, *Nulitatea contractului*, în „Teoria generală a obligațiilor” de T.R. Popescu și P. Anca, Editura Științifică, București, 1968, p. 88 sqq.; D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Editura Științifică, București, 1969, p. 293 sqq.; O. Căpățină, *Nulitatea actului juridic civil*, în „Tratat de drept civil”, vol. I, Partea generală, Editura Academiei, București, 1989, p. 212 sqq.; G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura C.H. Beck, București, 2001, p. 221 sqq.; O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, ed. 8, Editura C.H. Beck, București, p. 237 sqq. Adde M. Nicolae, *Actul juridic civil*, în „Instituții de drept civil. Curs selectiv pentru licență 2006-2007”, de Camelia Toader et alii, Editura Universul Juridic, București, p. 89 sqq.; Șt. Răuschi, Gh. Popa, Ș. Răuschi, *Drept civil. Teoria generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Junimea, București, 2000, p. 111 sqq.; I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 172 sqq.; P. Vasilescu, *Actul juridic civil*, în „Introducere în dreptul civil”, ed. a 2-a, revăzută și adăugită, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 514 sqq.

Cu privire la nulitatea contractului (actului juridic) în sistemul noului Cod civil, v.: G. Boroi, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 218 sqq.; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 411 sqq.; S. Neculaescu, *Actul juridic civil*, în „Instituții de drept civil. Curs selectiv pentru licență”, de S. Neculaescu et alii, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 110 sqq. În legătură cu principiile de bază ale regimului nulității contractului în cadrul noului Cod civil, a se vedea M. Nicolae, *Notă sub Nulitatea contractului*, în „Codex iuris civilis”, t. I, *Noul Cod civil, Ediție critică*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 330-332.

neajunsurile sau deviațiile doctrinei contemporane în materie de nulitate, clădită pe baza unei interpretări subiective, arbitrară și irațională a dispozițiilor vechiului Cod, cu consecințe dezastruoase pentru practica judiciară și arbitrală.

În schimb, *Noul Cod civil*², reconfirmând concepția clasică în materie de nulitate – i.e. concepția de origine bartoliană, bazată, în principal, pe distincția clară dintre natura interesului ocrotit de norma juridică încălcată (*interes general* vs. *interes particular*)³, iar nu pe distincția adoptată de Pothier, bazată pe natura sau gravitatea viciului contractului (*substantia* vs. *effectus*)⁴, și care a fost consacrată de Codul Napoleon și, în mod corespunzător, și de Codul nostru civil din 1864 – oferă, pentru prima dată, o reglementare cvasicompletă a nulității contractului în domeniul dreptului civil.

Această reglementare unitară și generală merită o analiză atentă, aprofundată și foarte aplicată, care nu poate fi făcută, din nefericire, cu această ocazie. Dorim însă să atragem atenția asupra faptului că trăsăturile sau elementele fundamentale ale regimului nulității contractului în noul Cod civil sunt străine de concepția fran-

² Legea nr. 287/2009, republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011 (denumită în continuare – *brevitatis causa* – „NCC”), ulterior modificată prin Legea nr. 60/2012 (art. VII), publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 255 din 17 aprilie 2012.

³ Cu privire la concepția lui Bartolus și a discipolilor săi asupra nulității contractului, v. G. Lutzescio, *Théorie & pratique des nullités*, t. premier, *Nullités des actes juridiques à caractère patrimoniale* (préface L. Julliot de la Morandière), Sirey, Paris, 1938, p. 119 sqq. În esență, romanistii au dezvoltat trei concepții teoretice asupra invalidității actelor juridice civile, fondate pe natura viciului (*substantia* vs. *effectus*), aparența sau lipsa de aparență a acestuia și natura interesului protejat (general sau particular), iar aceste teorii au influențat profund concepția despre nulitate în epocile următoare și până astăzi [v., pentru amănunte, S. Gaudet, *Inexistence, nullité et annulabilité: essai de synthèse*, în (1995) 40 „Revue de droit de McGill” 291]. În toate cazurile, nulitatea era concepută ca o veritabilă sancțiune a actelor invalide (cf. Bartolus [apud G. Lutzescio, *op. cit.*, p. 120, nota 1], apropo de vânzare, care poate fi: *quandoque ab initio jure nullus, quandoque venit rescindendus*), așa încât ideea de sancțiune în materie de nulitate ca fruct al teoriei moderne este complet falsă (cf. Paulus de Castro [apud G. Lutzescio, *op. cit.*, p. 121, text și nota 4]: *nullitatea non prohibet substantiam contractus, sed effectus, et tunc, autem prohibet obligatio, et nulla nascitur obligatio civilis, vel naturalis*).

În ce privește invaliditatea și eficacitatea actelor juridice în dreptul roman, respectiv distincția dintre formalismul lui *iuris civilis* și realismul lui *iuris honorario*, i.e. dintre „invaliditatea/nulitatea civilă” și „invaliditatea/annulabilitatea pretoriană”, v., pe larg: Matilde Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, CEDAM, 2008, p. 37 sqq., împreună cu ampla biografie acolo citată; G. Rossetti, „Nullità” e „annullabilità” nell’esperienza giuridica romana, în vol. «La théorie des nullités», Etudes réunies par Michel Boudot & Paolo Maria Vecchi, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2008, p. 1 sqq. Adde G. Lutzescio, *op. cit.*, p. 45 sqq.; S. Gaudet, *op. cit.*, p. 296 sqq.;

⁴ S. Gaudet, *op. cit.*, p. 307-308. Cu privire la distincția în vechiul drept francez dintre nulitățile absolute, zise precise și perpetue sau „radicale” (Dunod de Charnage), instituite *ex publicis causis* (D’Argentré), și nulitățile relative zise cauzative sau „respective” (D’Argentré), deoarece nu puteau fi invocate decât de anumite persoane, fiind instituite *ex privatis causis*, a se vedea, pe larg, G. Lutzescio, *op. cit.*, p. 138 sqq.

ceză actuală asupra nulității – așa-zisa teorie modernă a nulității⁵ – concepută ca fiind un simplu drept de critică deschis unui cerc mai larg ori mai restrâns de persoane, după cum este vorba de o nulitate zisă absolută, ori de o nulitate zisă relativă, și, *a fortiori*, sunt străine, în multe privințe, doctrinei și practicii judiciare românești, care au văzut și, se pare, că văd în continuare nulitatea ca o simplă sancțiune civilă (*i.e.* o cauză de „anulabilitate” absolută sau relativă) și (exclusiv) „judiciară” (*sic!*), cu atât mai mult cu cât pentru unii autori dispozițiile NCC în materie de nulitate ar fi, după o formulă deja consacrată – *Noul Cod civil este vechiul Cod civil!* –, aceleași cu cele din vechea reglementare și, în deplin acord cu doctrina și practica judiciară, ceea ce este, în multe privințe sau aspecte esențiale, vădit inexact, deoarece interpretările doctrinare și, uneori, soluțiile instanțelor – direct influențate de aceste interpretări – au fost adesea străine de litera și spiritul vechiului Cod civil.

2. *Nulitatea contractului în noul Cod civil.* Conform art. 1.166 NCC, contractul este definit ca fiind acel acord de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic.

Trei sunt, așadar, elementele *esențiale* sau constitutive ale oricărui contract: persoanele, un acord de voințe și un obiect sau „conținut” asupra căruia poartă acest acord⁶. Dacă aceste elemente lipsesc nu există contract sau, altfel spus, este *inexistent*. Însă, dacă ele nu lipsesc, ci există, contractul există și el, fiind susceptibil de a produce efectele în vederea cărora a fost încheiat.

Numai că, pentru a produce asemenea efecte, contractul, prevede art. 1.270, trebuie să fie „valabil încheiat”. *A contrario*, contractul nevalabil încheiat nu are putere de lege și este, în principiu, ineficace.

Spunem în principiu, deoarece NCC distinge, în manieră clasică, între condițiile de existență și cele de validitate (esențiale și neesențiale) pentru formarea

⁵ Fondată de René Japiot în celebra sa teză de doctorat din 1909 (*Des nullités en matière d'acte juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, Éditeur, 1909), și după care nulitatea nu este *in actu* o sancțiune sau cauză de ineficacitate pentru lipsa unor elemente esențiale ale actului juridic, cum susțineau romaniștii, medievistii și reprezentanții școlii exegetice din sec. XIX-lea, ci, dimpotrivă, o sancțiune *in personis*, respectiv un simplu drept de critică (*droit de critique*), recunoscut cu titlu general sau particular, după cum nulitatea este zisă absolută ori, după caz, zisă relativă, ori, mai exact, în funcție de natura interesului protejat: public (social), general sau de grup, particular sau individual. Cu privire la această „teorie nouă” (împărtășită și de doctrinarii români, chiar dacă, uneori, sub masca, ideologică, a „concepției socialiste asupra nulității în dreptul civil român”), artificială și străină de litera și spiritul codului, a se vedea: S. Gaudet, *op. cit.*, p. 316 și urm.; A. Posez, *La théorie de nullités. Le centenaire d'une mystification*, în „Revue trimestrielle de droit civil” 2011, p. 647 și urm., împreună cu întregul aparat critic acolo citat, iar pentru o radiografie de ansamblu a doctrinei franceze a sec. XX și XXI în materie de nulitate a se vedea M. Boudot, *Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles*, în vol. „La théorie des nullités”, *cit. supra*, p. 79 sqq.

⁶ A se vedea S. Gaudet, *op. cit.*, p. 340.

contractului, pe de o parte, respectiv între condițiile de formare și cele de eficacitate ale contractului, pe de altă parte.

De unde rezultă că un contract existent nu este, *eo ipso*, și valid, după cum un contract valabil nu este, *eo ipso*, și deplin eficace.

Iar aceste trei stări ale contractului – existență materială, existență juridică (validitate) și eficacitate – nu trebuie confundate, ci, dimpotrivă, trebuie să fie minuțios delimitate, deoarece consecințele lor juridice sunt diferite.

Într-adevăr, dacă art. 1.178 și urm. NCC stabilesc – expres sau implicit – condițiile de *formare*, *i.e.* condițiile naturale și cele legale, esențiale sau neesențiale, pentru validitatea contractului – capacitatea de a contracta, consimțământul, obiectul și cauza –, care, dacă sunt întrunite, contractul este pe deplin format și, pe cale de consecință, pe deplin valid, nu înseamnă că el este, în mod automat și necondiționat, și *deplin eficace*, adică producător de efectele juridice în vederea cărora a fost încheiat, deoarece fie obligațiile sunt afectate de vreo condiție propriu-zisă (art. 1.399 și urm.), fie sunt supuse anumitor cerințe de publicitate (art. 18 și urm.) în lipsa cărora drepturile și obligațiile sunt inopozabile față de terți. Ca să luăm doar două exemple legate direct de eficacitatea propriu-zisă a contractului.

Revenind la condițiile de formare a contractului, trebuie, de asemenea să se facă distincție, cum am semnalat deja, între condițiile de existență și cele de validitate a contractului, deoarece locul și rostul lor sunt diferite în economia contractului. Într-adevăr, dacă lipsește o condiție cerută sau impusă pentru însăși existența contractului – condiție fără de care acesta, în mod natural și rațional, nu poate fi conceput⁷ –, aceasta lipsind, contractul nu există în mod absolut. În schimb, dacă toate condițiile de existență sunt întrunite – în speță, existența consimțământului, a obiectului și a părților – contractul există din punct de vedere material, dar nu înseamnă însă că este și valabil și, deci, eficace, întrucât, de ex., consimțământul este viciat, obiectul este ilicit sau imoral ori partea contractantă este incapabilă.

Prin urmare, din punct de vedere strict juridic, pentru a răspunde dacă cutare contract are sau nu putere de lege trebuie, în prealabil, să fie examinate distinct și succesiv următoarele chestiuni prealabile:

- a) dacă contractul există sau nu există;
- b) dacă contractul este valid sau invalid;
- c) dacă contractul este eficace sau ineficace.

Fiecare din aceste trei chestiuni comportă o cauză distinctă de ineficacitate a contractului, cu un regim specific și de sine stătător: inexistența, nulitatea și ineficacitatea *stricto sensu* (caducitatea, inopozabilitatea etc.)

Teoria nulităților vizează doar una din aceste chestiuni, și anume aceea a validității sau invalidității contractului.

⁷ Este vorba de lipsa părților, a acordului de voințe sau a conținutului acestuia.

Sub acest aspect, este de remarcat că NCC tratează, în manieră clasică, iar nu „modernă”, *i.e.* denaturată, unilaterală și arbitrară, deci, subiectivă, problema validității contractului, distingând între condițiile esențiale și cele neesențiale de validitate a contractului:

În primul caz, contractul este, în principiu, radical *nul*, în timp ce în al doilea caz este doar *anulabil*.

Criteriul nu mai este, formal, gravitatea viciului, ca în vechiul drept francez (sistemul preconizat de Pothier și preluat, în esență, de Codul Napoleon), respectiv distincția între *substantia* și *effectus*, ci acela al interesului ocrotit de norma încălcată: general, obștesc, sau după caz, personal, particular.

În primul caz, contractul este lovit de nulitate absolută, în al doilea caz contractul este anulabil, adică supus nulității.

Distincția comportă, evident, o importanță teoretică și, mai ales, practică, covârșitoare, deoarece, deși efectele nulității sunt aceleași, regimul juridic al nulității absolute este esențial diferit de acela al nulității relative⁸.

După cum se știe, iar NCC consacră *expressis verbis* această soluție:

– *Nulitatea absolută* dispune, în principal, art. 1.247, poate fi invocată de orice persoană interesată, pe cale de acțiune sau de excepțiune; poate fi invocată și de instanță *ex officio*, poate fi invocată și constatată oricând, prin acordul părților sau, după caz, atât pe cale de acțiune, cât și pe cale de excepțiune; nu poate fi acoperită, prin confirmare, în principiu⁹ și, în fine, operează de plin drept, *i.e.* adică automat și definitiv, afară de cazul în care prin lege s-ar dispune altfel [art. 1.247, 1.249 alin. (1), 1.254];

– În schimb, *nulitatea relativă*, zice, în principal, art. 1.248, poate fi invocată numai de către cel al cărui interes este ocrotit prin dispoziția legală încălcată, în principiu, neputând fi, așadar, invocată de către instanță *ex officio*, și aceasta chiar dacă ar fi manifestă; poate fi invocată pe cale de acțiune numai în termenul de prescripție prevăzut de lege, dar poate fi opusă, în principiu, oricând pe cale de excepțiune împotriva celui care solicită executarea contractului; poate fi acoperită prin confirmare, *i.e.* prin renunțarea la dreptul la acțiunea în anulare; nu operează de plin drept, în principiu¹⁰, ci numai la

⁸ Cf. M. Nicolae, *Notă sub Nulitatea contractului*, în „Noul Cod civil” (Ediție critică), *cit. supra*, p. 330-331.

⁹ A se vedea, totuși, art. 1.010 (*Confirmarea liberalităților*) NCC: „Confirmarea unei liberalități de către moștenitorii universali ori cu titlu universal al dispunătorului atrage renunțarea la dreptul de a opune viciile de formă sau orice alte motive de nulitate, fără ca prin această renunțare să se prejudicieze drepturilor terților”.

¹⁰ Spunem în principiu, deoarece există și nu sunt excluse cazuri în care nulitatea relativă operează de plin drept. A se vedea, de ex., art. 2.204 alin. (1) privitoare la declarațiile inexacte sau reticența privind riscul asigurat făcute cu rea-credință (dol): „În afară de cauzele generale de nulitate, contractul de asigurare este *nul* în caz de declarație inexactă sau de

cerere, în baza hotărârii judecătorești ori în temeiul acordului părților, contractul fiind, așadar, socotit, în mod provizoriu și condițional, valabil și, deci, obligatoriu (executoriu); în fine, pentru rațiuni legate de securitatea juridică a circuitului civil, în caz de îndoială, contractul încheiat cu nesocotirea vreunei condiții legale de validitate va fi socotit anulabil, iar nu nul [art. 1.248, 1.249 alin. (2), 1.252, 1.254].

Acestea sunt trăsăturile definitorii ale regimului juridic al unui contract nul sau anulabil, după caz, în lumina NCC.

În afară de aceste două categorii fundamentale, există și alte forme sau feluri de nulități contractuale, consacrate ca atare de NCC, și anume:

- nulități de *fond* și nulități de *formă*¹¹;
- nulități *exprese*, textuale, și nulități *tacite*, zise și virtuale¹²;
- nulități *totale* și nulități *parțiale*¹³;
- nulități *necondiționate*¹⁴ și nulități *condiționate*¹⁵;
- nulități *de plin drept* (radicale), care operează *ipso iure*, automat și definitiv, și nulități *condiționale* (eventuale)¹⁶, care operează fie pe cale amiabilă, fie pe cale de acțiune judiciară sau arbitrală;

reticență făcută cu rea-credință de către asigurat ori contractantul asigurării cu privire la împrejurări care, dacă ar fi fost cunoscute de către asigurător, l-ar fi determinat pe acesta să nu își dea consimțământul ori să nu îl dea în aceleași condiții, chiar dacă declarația sau reticența nu a avut influență asupra producerii riscului asigurat. Primele plătite rămân dobândite asigurătorului, care, de asemenea, poate cere și plata primelor convenite până la momentul la care a luat cunoștință de cauza de nulitate”.

Tot astfel, în dreptul consumului (dreptul aplicabil contractelor încheiate cu consumatorii), potrivit art. 84 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului, spre exemplu, „dreptul consumatorului la denunțarea contractului nu poate fi anulat de nicio clauză contractuală sau înțelegere între părți, în cazurile prevăzute de lege, aceasta fiind considerată *nulă de drept*” (s.n.). În textul citat, nu este vorba de o nulitate absolută, ci de o nulitate de protecție, *i.e.* de o *nulitate relativă* veritabilă, întrucât în joc sunt interesele consumatorului, iar nu cele ale întregii societăți.

¹¹ Art. 1.179, 1.242, 1.244.

¹² Art. 1.250-1.253.

¹³ Art. 1.255, 1.256.

¹⁴ Art. 44 alin. (1) (nulitatea relativă a actelor făcute de incapabil sau minorul de 14-18 ani, chiar fără dovedirea prejudiciului); art. 172 (nulitatea relativă a actelor făcute de către interzisul judecătoresc, chiar dacă acesta avea discernământ la data încheierii lor).

¹⁵ V., de ex., art. 322 alin. (5) NCC: „În lipsa notării familiei în cartea funciară, soțul care nu și-a dat consimțământul nu poate cere anularea actului, ci numai daune-interese de la celălalt soț, cu excepția cazului în care terțul dobânditor a cunoscut, pe altă cale, calitatea de locuință a familiei”. Adde art. 2.275 NCC (Este nulă tranzacția încheiată pe baza unor înscrisuri dovedite ulterior ca fiind false).

¹⁶ Art. 1.247, 1.248, 1.254 alin. (1).

– nulități *de drept* (legale, nejudiciare), obligatorii pentru instanță, și nulități *judiciare* (facultative, discreționare)¹⁷, lăsate la aprecierea instanței¹⁸.

¹⁷ Sau într-o altă terminologie, datorată vechiului drept francez: nulități *peremptorii* vs. nulități *cominatorii*. A se vedea, pentru amănunte, A. Posez, *op. cit.*, n° 3, 69 («Toute nullité, qu'elle soit relative ou absolue, opère normalement de droit, sinon même de plein droit, en ce que le juge est tenu de la prononcer ou de la constater lorsqu'il relève qu'une condition de validité, du consentement ou du contrat, a été méconnue. Exceptionnellement cependant, il arrive que la sanction de certaines nullités soit confiée à son pouvoir d'appréciation. En quoi la faculté ici en cause est bien la sienne propre et non celle, également impliquée mais préalable, du titulaire de l'action à qui il appartiendrait d'invoquer la nullité relative»), 70 et s. Nulitatea facultativă poate privi fie nulitatea absolută, fie relativă a unui contract. În sensul, eronat, că nulitatea facultativă ar viza doar cazurile de nulitate relativă (art. 1.248 alin. 3 NCC), a se vedea. P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, cit. supra*, p. 420.

¹⁸ De altfel, în materie de nulitate, întrucât nulitățile sunt reglementate, de regulă, prin lege, rolul judecătorului este restrâns (v. și nota precedentă), fiind – cum observa încă de la începutul sec. XX, chiar Japiot, autorul teoriei dreptului la critică – limitat, *in genere*, la aprecierea în fapt a existenței sau nu a cauzei de nulitate, neavând puterea de care se bucura pretorul roman, de a controla și chiar declara invaliditatea actului *ex iure honorario*. În esență, în ce privește chestiunea rolului judecătorului – zice Japiot – «en matière de nullités elle se résout par ces trois formules: le juge apprécie le fait, – il constate le droit des parties, – il exerce le droit de la société» (*ibidem*, p. 347). La aceasta trebuie adăugată și posibilitatea judecătorului de a *adapta* contractul, înlocuind sancțiunea nulității cu un alt remediu (daune-interese), prevăzută de art. 1.213 NCC.

Cu privire la puterea (*discretion*), în general, a judecătorului, v. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1978, p. 31 sqq., 68 sqq. În concepția lui Dworkin, conceptul de „discretion” nu este univoc, ci susceptibil de 3 sensuri diferite:

“We use that concept – says Ronald Dworkin –, in discussion about duty, in three different ways. First, we say that a man has discretion if his duty is defined by standards that reasonable men can interpret in different ways, as a sergeant has discretion if he is told to take the five most experienced men on patrol. Second, we say that a man has discretion if his decision is final, in the sense that no higher authority may review and set aside that decision, as when the decision whether a player is offside is left to the discretion of the linesman. Third, we say that a man has discretion when some set of standards which impose duties upon him do not in fact purport to impose any duty as to a particular decision, as when a clause in a lease gives the tenant the option in his discretion to renew.

It is plain that if no social rule unambiguously requires a particular legal decision, and the profession is split on what decision is in fact required, then judges will have discretion in the first of these senses, because they will have to exercise initiative and judgment beyond the application of a settled rule. It is also plain, in these judges form the highest court of appeal, that they will have discretion in the second sense. But, unless we accept the strongest form of the social rule theory, that duties and responsibilities can be generated only by social rules, it does not follow that these judges have discretion in the third sense. A judge may have discretion in both the first and second senses, and nevertheless properly regard his decision as raising an issue of what his duty as a judge is, an issue which he must decide by reflecting on what is required of him by the varying considerations that he believes are pertinent. If so, then this judge does not have discretion in the third sense, which is the sense a positivist needs to establish if he is to show that judicial duty is defined exclusively by an ultimate social rule or set of social rule” (*ibidem*, p. 69).

3. *Excursus*. Nu trebuie confundată distincția dintre nulitățile de plin drept și nulitățile condiționale, pe de o parte, cu distincția dintre nulitățile de drept (sau legale) și cele judiciare (sau facultative), pe de altă parte, cum au făcut-o și continuă s-o facă majoritatea autorilor postbelici și postdecembriști; inclusiv pe terenul NCC¹⁹. Într-adevăr, una este chestiunea modului cum operează nulitatea – *ex*

¹⁹ În sensul că, din punct de vedere *substanțial*, exceptând ipoteza clauzelor considerate ca nescrise și eventualele norme speciale ce ar institui cazuri de nulitate care să opereze de drept (ex., art. 5 din OG nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești), toate nulitățile, atât absolute, cât și relative sunt, în principiu, *judiciare*, v. G. Boroi, C. A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 229 și urm.

Sub aspect *procesual*, întrucât nulitatea absolută nu operează de drept, înseamnă că nu ar trebui să se vorbească despre constatarea nulității absolute și despre declararea nulității relative, „deoarece, atât în cazul nulității absolute, cât și în cazul nulității relative, instanța apreciază (constată) existența sau inexistența cauzei de nulitate, iar, în caz afirmativ, va pronunța nulitatea, deci va anula actul juridic. Mai mult, distincția cu care nu suntem de acord poate crea impresia că acțiunea prin care se invocă nulitatea absolută ar fi o acțiune (cerere) în constatare, reglementată de art. 111 C.pr.civ., deși, în realitate, acțiunea în declararea nulității unui act juridic este o acțiune (cerere) în realizare, indiferent dacă ar fi vorba de o nulitate absolută sau de o nulitate relativă” (*ibidem*, p. 230-231).

Această teză, eronată, susținută, în prezent, și de alți autori (cf. S. Neculaescu, *Actul juridic civil*, în „Instituții de drept civil. Curs selectiv pentru licență”, *cit. supra*, p. 116; G. Răducan, *Comentarii sub art. 1.246*, în „Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență”, vol. II. Art. 953-1649 (Moșteniri și liberalități. Obligații), Editura Hamangiu, București, 2012, nr. 4 sqq., p. 518-518; *adde* P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 420-421) este tributară concepției zise moderne asupra nulității actului juridic civil, respectiv teoriei dreptului la critică, de origine franceză (*supra*, nota 5) și nu ține seama de rolul efectiv jucat de judecător în litigiile care poartă asupra nulității în materie civilă. Reamintim, cu acest prilej, că în dreptul nostru civil, sub influența doctrinei franceze postbelice (în special), a fost repudiată teza „nulităților de drept” (și chiar a „nulităților amiabile”) pe motiv (*recte*, sub pretextul) că, dat fiind faptul că nimeni nu-și poate face dreptate singur, „constatarea nevalabilității unui act juridic depășește vădit posibilitățile de apreciere ale părților – presupunând că ar fi de acord –, deoarece pune în discuție conformitatea dintre operațiunea încheiată și dispozițiile legale ce i se aplică” și că „stabilitatea situațiilor juridice ar avea cert de suferit dacă soarta actului ar atârna de declarația părții care îl consideră neavenit” (O. Căpățină, *op. cit.*, p. 220), astfel încât „nu poate exista (*sic!*) nulitate fără hotărâre judecătorească” (Tr. Ionașcu, E. A. Barasch, *Nulitatea actului juridic civil*, *cit. supra*, p. 343). În realitate, și fără a intra deocamdată într-o controversă pe care o socotim depășită, fiind categoric repudiată de NCC, această opinie a fost și este, așa cum am arătat și cu altă ocazie (M. Nicolae, *Probleme de drept tranzitoriu. Legea aplicabilă nulității actului juridic civil*, II, în „Revista română de drept privat” nr. 1/2008, p. 131-132, text și nota 44), nu numai falsă, ci lipsită de fundament juridic, fiind contrazisă atât de lege, cât și de logica principiilor. Într-adevăr:

– Legiuitorul nu contenește să o dezmință, edictând numeroase norme sub sancțiunea „nulității de drept” (*recte de plin drept*; cf. *supra*, nota); v., de exemplu, pentru *dreptul comun al obligațiilor*, art. 9 din Ordonanța Guvernului nr. 9/2000 privind nivelul dobânzii legale pentru obligații bănești: „în raporturile civile obligația de a plăti o dobândă mai mare decât cea stabilită în condițiile prezentei ordonanțe este *nulă de drept*” (s.n.), iar în prezent (după abrogarea Ordonanței Guvernului nr. 9/2000) art. 5 alin. (2) din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești [(1) În raporturile juridice care nu decurg din exploatarea

unei întreprinderi cu scop lucrativ, în sensul art. 3 alin. (3) din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, dobânda nu poate depăși dobânda legală cu mai mult de 50% pe an. (2) Orice clauză prin care se încalcă dispozițiile alin. (1) este *nulă de drept*. În acest caz, creditorul este decăzut din dreptul de a pretinde dobânda legală” – s.n.] sau pentru *dreptul consumului*, art. 84 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului (republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 224 din 24 martie 2008, ulterior modificată): „dreptul consumatorului la denunțarea contractului nu poate fi anulat de nicio clauză contractuală sau înțelegere între părți, în cazurile prevăzute de lege, aceasta fiind considerată *nulă de drept*” (s.n.); *adde* art. 22 alin. (1) din Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 347 din 6 mai 2008, ulterior modificată: „clauzele contractuale sau înțelegerile încheiate între vânzător și consumator înainte ca lipsa de conformitate să fie cunoscută de consumator și comunicată vânzătorului, care limitează sau înlătură, direct sau indirect, drepturile consumatorului prevăzute de prezenta lege, sunt nule de drept”); aceasta înseamnă că, în concepția legiuitorului, utilitatea nulității de plin drept nu poate fi tăgăduită, fiind chiar necesară în cazul nulităților parțiale (cf. art. 1.255 NCC);

– Din punct de vedere material, este evident că existența unor nulități care operează prin efectul legii, de plin drept, *nu* poate să dăuneze nici *părților* (care s-ar vedea imediat dezlegate, nefiind constrânse, în cazul în care nulitatea este manifestă ori cauza de nulitate nu este contestată, să recurgă la un proces pur formal pentru a constata ineficacitatea radicală a actului încheiat), nici *terților* (care ar contracta imediat și în considerarea acestei cauze de ineficacitate) și, de asemenea, nici *autorităților* sau celor învestiți cu o funcție de autoritate publică (ofițer de stare civilă, registrator de proprietate, notar public, executor judecătoresc etc.) care ar putea ignora actele nule de plin drept și ar preveni astfel introducerea în circuitul civil a unor acte „bolnave” periclitând, tocmai ei, stabilitatea și securitatea juridică (este admisibil oare ca notarul public să instrumenteze un act de dispoziție asupra unui drept „obținut” dintr-un act ale cărui cauze de nulitate absolută sunt manifeste, ori ca un registrator de proprietate să dispună intabularea unui drept în baza unui act de înstrăinare ori de grevare lovit de nulitate absolută, cum ar fi cel având ca obiect un bun proprietate publică?!); cât privește chestiunea dacă invocarea chiar de către partea interesată a nulității de plin drept este sau nu periculoasă, răspunsul nu poate fi afirmativ, întrucât invocarea nulității de plin drept de către partea interesată nu este periculoasă ci, dimpotrivă, foarte utilă, deoarece previne declanșarea unui litigiu inutil, lung, costisitor și anevoios, degrevând instanțele de judecarea unor cauze care ar încălca de multe ori fără rost rolul instanțelor cu pricina care pot fi soluționate și pe cale extrajudiciară [evident că nu e vorba de riscul ca partea să-și facă dreptate singură, ci, dimpotrivă, de respectul datorat legii și intereselor legitime ale fiecăruia: într-adevăr, după cum s-a remarcat încă de pe vremea romaniștilor, asemeni altor sancțiuni care operează de plin drept – caducitatea, rezoluțiunea convențională, decăderea, nedemnitatea absolută etc. –, cealaltă parte, care nu e de acord cu declarația de nulitate (sau invocarea nulității) ori contestă existența nulității, poate sesiza instanța de judecată, iar aceasta este aceea care va tranșa disputa, însă, dacă nulitatea este evidentă/manifestă ori este absolută, este excesiv și lipsit de sens să îndrumi părțile să obțină o hotărâre judecătorească pentru constatarea desființării actului în loc să declari actul lipsit, în mod automat, de orice efect (cu atât mai mult cu cât în cazul nulităților instituite *ratione publicae utilitatis principalis*, ineficacitatea absolută a actului nu depinde de voința părților și nici de aceea a judecătorului, ci exclusiv de voința legiuitorului, astfel încât este pe deplin firesc și deopotrivă logic ca această ineficacitate să opereze *ipso iure* și să fie definitivă)]; practic, acțiunea în constatarea nulității este *utilă* doar în cazul în care actul se bucură de aparența de legalitate (cf. Bartolus [apud G. Lutzescu, *op. cit.*, p. 122, text și nota 2]: *quandoque nullitas sententiae apparet manifeste, nullo extrinsecus [...] quandoque nullitas sententiae non apparet ex re ipsa, nisi probatur extrinsecus, ut si esset lata minorem, vel mortuum, quod non apparet ex sententia lata, vel si contra infirmum [...] tunc debet praecedere cognitio de nullitate, antequam sententietur iterum*) sau, după caz, este *necesară*, deci obligatorie, atunci când actul nu poate anihilat prin acordul părților, deoarece a fost făcut cu intervenția unei autorități publice,

cum este cazul actului de căsătorie, unde celebrarea căsătoriei conferă o aparență de validitate căsătoriei, iar această aparență nu poate fi înlăturată pe cale amiabilă (a se vedea R. Japiot, *op. cit.*, 456); în plus, dacă nulitatea poate fi și amiabilă, *a fortiori* poate opera și de plin drept, fapt care ar ușura reacția imediată a părților, în sensul fie de a purcede la refacerea actului (art. 1.259 NCC), evitând un proces inutil, fie de a trece la întoarcerea imediată a prestațiilor (art. 1.254 alin. (2) NCC), restabilind situația anterioară, cu costuri cât mai mici de o parte și de alta; în sfârșit, cât privește prezumția de validitate a actului, chiar nul, aceasta nu este o piedică împotriva nulităților de plin drept, cum se afirmă, în mod curent, ci, dimpotrivă, o astfel de prezumție poate justifica executarea, în fapt, a actului nul sau anulabil, sub condiția ca părțile să fie de bună-credință (*i.e.* să nu cunoască viciul care atrage nulitatea), fără însă ca o astfel de executare să acopere nulitatea sau să valideze, în principiu, actul (exceptând cazul în care executarea ar valora și confirmarea actului anulabil de către partea care are dreptul la anulare), și, mai ales și în principal, prezumția de validitate derivată din existența unui viciu nemanifest (iar nu manifest) fundează aparența de validitate în favoarea terților de bună-credință; or, aparența de validitate interesează numai terții, iar nu și părțile care sunt *obligate* numai dacă actul juridic este valabil [cf. art. 1.270 alin. (1) NCC]; un act nul nu constituie temeiul unei plăți valabile, iar un act anulabil constituie temeiul doar al unei plăți provizorii (*in pendenti*), însă un asemenea act aparent valid poate funda buna-credință a terților și poate servi la dobândirea unui drept prin efectul posesiei mobiliare de bună-credință (art. 937 NCC), al uzucapiunii tabulare (art. 931 NCC) sau al publicității materiale a cărților funciare (art. 901 NCC), după caz;

– Din punct de vedere procesual, respectiv în ce privește rolul judecătorului în materie de nulitate și modalitățile procedurale de invocare a nulității, este de observat că, întrucât judecătorul nu are, în principiu, un rol creator, nici măcar în materia acțiunii în anularea actelor anulabile (afectate de nulitate relativă), *a fortiori*, el nu are un asemenea rol în cazul nulităților absolute, care în măsura în care operează de plin drept, nicio acțiune în nulitate nu poate exista și nici nu se poate naște (cf. Brachylogus [apud G. Lutzescu, *op. cit.*, p. 110, nota 1]: *inutile pactum est, unde nec actio nec exceptio nascitur*; Imerius [apud G. Lutzescu, *op. cit.*, p. 115, text și nota 1]: *in summa ex his quedam adeo inutiles sunt que nullo modo confirmari possunt [...] licet enim pena eius facti nomine promissa est, tamen non valet nec convalescere potest, et ideo ipso jure denegantur acciones*; Bartolus [apud G. Lutzescu, *op. cit.*, p. 121, text și nota 2]: *quod factum contra leges est ipso jure nullum; idem: quod nullum est, non rescinditur par restitutionem in integrum, [nam] nullus ipso jure, nec datur actio ad rescindendum, cum ab ipsa lege, rescindatur [ibidem, p. 122, text și nota 1]*), motiv pentru care judecătorul nu poate dispune anularea și nici declara nulitatea, cum se afirmă, în mod eronat, de către majoritatea autorilor, inclusiv proceduriști, ci doar poate constata desființarea actului *ipso iure* (inclusiv în sistemele juridice în care se consacră, formal, o „acțiune în nulitate/în declararea nulității”, cum este cel italian [cf. art. 1421 C. civ. it. care vorbește de „acțiunea de nulitate” (*azione di nullità*), calificată de doctrină și jurisprudență ca „acțiune în constare negativă” sau „declaratorie” (*azione de mero accertamento*), iar nu o acțiune în realizare, cu efect constitutiv de drepturi, cum este cazul acțiunii în anulare (*azione di annullamento*); a se vedea, pentru amănunte, M. Girolame, *op. cit.*, p. 219 sqq.; cu privire la rolul real al judecătorului în materia de nulitate în dreptul modern, a se vedea *supra*, nota 18). Sub acest aspect, NCC [art. 1.246 alin. (3)] distinge, *in terminis*, între acțiunea „în constatarea nulității absolute” – acțiune în constatare negativă preventivă sau provocatorie, imprescriptibilă extinctiv – și „acțiunea în anulare”, ca acțiune personală, în realizare de drepturi și prescriptibilă extinctiv. În fine, cât privește caracterul declarativ sau nu de drepturi al hotărârii judecătorești de constatare sau declarare a nulității actului juridic, este de remarcat că, în cazul nulității absolute, hotărârea judecătorească este declarativă de drepturi, deoarece constată desființarea actului *ipso iure* și ineficacitatea lui absolută, confirmând *statu quo*-ul *ante* și drepturile părților la data încheierii actului nul, pe când în cazul nulității relative, hotărârea este extinctivă de drepturi, deoarece actul juridic a produs, în mod provizoriu, efecte, fiind nimicite însă cu efect retroactiv (cu privire la caracterul extinctiv de drepturi al hotărârii judecătorești, v. Adina Nicolae, *Relativitatea și opozabilitatea hotărârii judecătorești*, Editura Universul Juridic, București, 2008, nr. 42 și 43,

voluntate legis (i.e. *ipso iure*) sau *ex voluntate partis* (i.e. *ope voluntatis partis*)²⁰ – și cu totul alta este chestiunea dacă judecătorul poate sau nu cenzura cererea de anulare și, în virtutea puterii sale discreționare (*imperium*, nu *iudicium*), poate refuza anularea contractului. Or, nu poate fi calificată nulitate judiciară decât aceea care poate izvorî dintr-o hotărâre judecătorească – ceea ce nu este cazul, *de lege lata*, deoarece cauzele de nulitate sunt exclusiv legale [art. 1.246 alin. (3), interpretat *a contrario*] – sau, cel puțin, aceea pentru aplicarea căreia este necesar concursul efectiv al instanței judecătorești, în sensul existenței puterii sale de a aprecia asupra existenței (condițiilor) cauzei de a nulitate și de a admite sau respinge, după circumstanțe, acțiunea în anulare, astfel încât hotărârea judecătorească nu mai are caracter declarativ de drepturi, ci caracter constitutiv de drepturi. Vezi, de exemplu, art. 45 teza a doua, interpretat *a contrario*, în materia fraudei comise de incapabil („Dacă însă a folosit manopere dolosive, instanța, la cererea părții induse în eroare, poate menține contractul atunci când apreciază că aceasta ar constitui o sancțiune civilă adecvată”), sau art. 1.233 privitor la adaptarea contractului anulabil pentru eroare lezionară sau nelezionară.

De altfel, în sistemul NCC, nu numai în cazul nulității, ci și în alte cazuri se distinge între efectul de plin drept al unui act sau fapt juridic și acela care operează doar la cererea persoanei interesate. A se vedea, de pildă: art. 1.092 în materie de reducere a liberalităților excesive („După deschiderea moștenirii, liberalitățile care încalcă rezerva succesorală sunt supuse reducerei, *la cerere*”); art. 1.152 alin. (1) („Raportul [donațiilor] se realizează în cadrul partajului, prin bună învoială sau pe cale judecătorească”, deci, amiabil sau la cerere); art. 1.557 alin. (1) (desființarea „de plin drept” a contractului pentru imposibilitatea fortuită de executare, totală și permanentă); art. 1.596 (subrogația „de drept” în drepturile creditorului prin efectul legii); art. 1.617 alin. (1) („Compensația [legală] operează de plin drept ...); art. 2.506 alin. (1) („Prescripția nu operează de plin drept”).

p. 128-132). Prin urmare, nu este lipsită de interes distincția dintre *a constata* și *a pronunța ceva*; în primul caz nulitatea operează *ipso iure*, independent de voința părților sau a judecătorului, în al doilea, caz, nulitatea operează fie *ope voluntatis partis*, judecătorul pronunțând sau dispunând anularea la cererea părții care avea dreptul la anulare, care obține astfel realizarea silită a dreptului său, fie *ope iudicii*, în baza puterii sale de apreciere (în cazul nulităților zise facultative sau judiciare), caz în care dreptul părții de a cere anularea este o condiție necesară, însă nu și suficientă pentru obținerea desființării actului.

În concluzie, așadar, teza inadmisibilității nulităților de plin drept a fost și este eronată, lipsită de fundament rațional sau juridic, ea fiind, de altfel, contrazisă, acum, formal de NCC [art. 1.254 alin. (1)].

²⁰ Cu privire la posibilitatea „recunoașterii amiabile a nulității” și a avantajelor practice ale nulității „amiabile” sau convenționale, a se vedea și R. Japiot, *op. cit.*, p. 430 și urm. (cu mențiunea că pentru acest autor orice nulitate produce efecte de drept, actul juridic având o existență de fapt, iar nu de drept, iar „acțiunea în nulitate” nu este altceva decât o acțiune preventivă, un mijloc tehnic pentru a distruge aparența creată de actul nul, ori de câte ori partea adversă refuză să recunoască, în mod amiabil, nulitatea și restituirea prestației primite, dacă este cazul).

4. *Plan.* În prezentul studiu, dintre diferitele tipuri de nulități și problematică aferentă acestora în lumina NCC, ne interesează doar două chestiuni principale: distincția nulități totale vs. nulități parțiale, pe de o parte, și cea a clauzelor ilicite, nule sau anulabile vs. clauzele ilicite socotite nescrise, pe de altă parte, motiv pentru care, în continuare, ne vom referi la problematica nulității parțiale și a clauzelor reputate nescrise în lumina NCC, examinând, succesiv, următoarele chestiuni:

- sediul materiei;
- criteriile de delimitare a clauzelor nule, anulabile sau socotite nescrise;
- natura juridică a clauzelor socotite nescrise;
- regimul juridic al clauzelor nule, anulabile sau socotite nescrise;
- efectele juridice ale clauzelor nule, anulabile sau socotite nescrise;
- aspecte de drept tranzitoriu (legea aplicabilă clauzelor nule, anulabile sau socotite nescrise)
- concluzii generale.

II. NULITATEA PARȚIALĂ ÎN NOUL COD CIVIL

A) *Noțiuni generale.* 5. *Definiție și terminologie.* a) *Definiție.* Nulitatea parțială este acea nulitate care desființează în parte actul juridic.

Nulitatea parțială²¹ este expresia principiului salvării contractului: *utile per inutile non vitiatur*.

Ea privește, de regulă, ineficacitatea *ab origine* și *pro parte* a contractului, fie în ce privește conținutul acestuia, fie în ce privește părțile lui.

6. *Justificare.* Nulitatea parțială este menită să salveze contractul, fără însă ca interesele părților să fie compromise. Prin urmare, dacă menținerea contractului este posibilă, iar interesele părților nu sunt compromise, contractul va fi menținut.

Nulitatea parțială îndeplinește, practic, două funcții: ● respectarea preeminenței legii, ordinii publice și bunurilor moravuri, adică a valorilor politice, morale, economice și sociale fundamentale ale societății; ● asigurarea coerenței obligațiilor contractuale; clauzele nule sau, după caz, anulate ca fiind contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri sunt înlocuite de plin drept cu clauzele legale, normale aplicabile, asigurând echilibrul contractual și coerența contractului.

B) *Sediul materiei.* 7. *Noul Cod civil.* a) *Reglementarea generală.* Trebuie să distingem între reglementarea generală și cea particulară.

²¹ Cu privire la nulitatea parțială în NCC, a se vedea, de ex.: G. Boroi, C.A. Anghelescu, *op. cit.*, p. 227-228.

Ca *sedes generalis*, avem în vedere, desigur, *locus communis*, în speță, art. 1.255, special rezervat nulității parțiale a contractului, precum și art. 1.256 pentru cazul nulității contractului plurilateral.

Astfel, potrivit art. 1.255 (*Nulitatea parțială*):

„(1) Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat.

(2) În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile.

(3) Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate de lege nescrise.”²²

Așadar:

– sunt nule sau, după caz, anulabile numai clauzele ilicite care sunt contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri (i), nu sunt declarate nescrise (ii) și nu sunt determinate, esențiale (iii);

– sunt, dimpotrivă, socotite nescrise numai clauzele ilicite accesorii (i), care sunt contrare unor *dispoziții legale imperative, ordinii publice sau bunelor moravuri* (ii) și sunt declarate de lege ca nescrise (iii).

Cât privește art. 1.256 (*Nulitatea contractului plurilateral*):

„În cazul contractelor cu mai multe părți în care prestația fiecărei părți este făcută în considerarea unui scop comun, nulitatea contractului în privința uneia dintre părți nu atrage desființarea în întregime a contractului, afară de cazul în care participarea acesteia este esențială pentru existența contractului”

Ca atare, în cazul contractelor plurilaterale, cum este cazul contractului de societate, regula este nulitatea parțială, afară de cazul în care partea față de care există o cauză de nulitate este aceea de care depinde existența contractului.

b) *Reglementare specială. Clauze nule sau anulabile.* În materia clauzelor ilicite nule sau anulabile, există diverse texte în NCC în privința clauzelor (convențiilor, în sens de *pacta adiecta*) ilicite considerate nule sau, după caz, anulabile, precum:

²² Inițial, în *Proiectul Noului Cod civil român*, adoptat de Senat la 13 septembrie 2004 (*Codul civil I*; a se vedea, pentru amănunte, M. Nicolae, *Introducere*, în *Codex iuris civilis*, t. I, cit. *supra*, nr. 7, p. LII sqq.), nulitatea parțială făcea obiectul art. 970 (*Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care, potrivit legii, nu sunt reputate ca nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă, având în vedere natura lor esențială, contractul nu s-ar fi încheiat în lipsa acestora*); în timp ce art. 993 era rezervat „clauzelor reputate nescrise” [(1) *Sunt reputate ca nescrise clauzele care derogă de la dispozițiile legale imperative sau contrare ordinii publice ori dacă sunt considerate astfel de lege. (2) Clauzele reputate ca nescrise se înlocuiesc de drept cu dispozițiile legale corespunzătoare aplicabile contractului respectiv*]. Prin amendamentele formulate de Ministerul Justiției în 2008, la acest proiect, dispozițiile art. 993 au fost reamplasate în cadrul art. 970 privitor la nulitatea parțială a clauzelor ilicite, atât din motive de sistematizare, cât, mai ales, pentru nevoia de a fi supuse unui regim juridic comun.

– Art. 627 alin. (3) („Nulitatea clauzei de inalienabilitate stipulate într-un contract atrage nulitatea întregului contract dacă a fost determinantă la încheierea acestuia. În contractele cu titlu oneros, caracterul determinant se prezumă, până la proba contrară”);

– Art. 2.515 alin. (6) („Orice convenție sau clauză contrară dispozițiilor prezentului articol este lovită de nulitate absolută”).

c) *Reglementare specială. Clauze considerate nescrise.* În materia clauzelor (convențiilor, în sens de *pacta adiecta*) ilicite considerate nescrise, NCC face o serie de aplicații practic în toate materiile sau sectoarele dreptului civil:

- publicitatea drepturilor, actelor și faptelor juridice [art. 19 alin. (3)];
- dreptul persoanelor [art. 154, 218 alin. (3)];
- dreptul familiei [art. 267 alin. 2, 325 alin. (3)];
- dreptul succesoral și liberalități [art. 1.009, 1.138, 1.115 alin. (1)];
- dreptul obligațiilor [art. 1.246 alin. (4), 1.277 teza a doua, 1.402 teza I, 1.523 alin. (4), 1.541, 1.551 alin. (1) teza a doua, 1.588 alin. (3) teza a doua, 1.594 alin. (3) teza a doua, 1.699 teza a doua, 1.734 alin. (2), 1.825 alin. (1) teza a doua, 1.826, 1.902 alin. (5), 1.910 alin. (5), 1.932 alin. (2), 1.995 alin. (1), 2.004 alin. (5), 2.075 alin. (3) teza a doua, 2.087 alin. (3), 2.094 teza a doua, 2.175 alin. (1), 2.192 alin. (3), 2.257 alin. (5), 2.263 alin. (3) teza a doua, 2.339 alin. (2) teza a doua, 2.384 alin. (2), 2.385, 2.396 alin. (3), 2.408, 2.433, 2.440 alin. (2) teza a doua, 2.459 alin. (4)].

8. *Drept comparat. a) Drept național.* Unele legislații naționale moderne, rezultate în urma codificărilor și recodificărilor din secolul XX-lea, consacră, cel puțin la nivel de principiu, nulitatea parțială, precum și categoria clauzelor socotite nescrise.

Astfel, în ce privește nulitatea parțială, ea este consacrată, *in terminis*, în Codul civil italian (1942)²³, în art. 1419 și 1420 care au servit ca principal model textelor corespunzătoare din NCC:

– Art. 1419 (*Nullità parziale*): „La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

²³ Cu privire la nulitatea parțială în dreptul civil italian, a se vedea: G. Bianchi, *Nullità e annullabilità del contratto*, CEDAM, Padova, 2002, p. 495 sqq.; M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, CEDAM, 2004; F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, CEDAM, 2008, p. 708 sqq.; A. Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, CEDAM, 2008; idem, *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, în vol. „Le forme della nullità (a cura din Stefano Pagliantini)”, G. Giappichelli Editore – Torino, 2009, p. 115-136.

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.”²⁴;

– Art. 1420 (*Nullità nel contratto plurilaterale*): „Nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale”²⁵. *Distincția între clauzele ilicite nule, anulabile sau considerate nescrise.*

În ce privește clauzele socotite *nescrise*, este de remarcat că, sub impulsul reglementărilor comunitare, ele au fost consacrate și în dreptul intern al statelor membre ale Uniunii Europene (cf. dreptul francez²⁶, belgian etc.); au apărut și cunosc un succes neașteptat așa-numitele „clauze considerate/reputate nescrise”, respectiv acele clauze inserate într-un act juridic pe care legiuitorul le consideră drept inexistente, deoarece contravin naturii și efectelor juridice normale ale acelui act, și care sunt înlocuite de plin drept cu dispozițiile legale imperative²⁷.

²⁴ A se vedea și art. 1339 (*Inserzione automatica di clausole*): „Le clausole i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [...] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”.

²⁵ Cu privire la nulitatea parțială, a se vedea și art. 20 C. fed. elvețian al obligațiilor (1911), art. 292 C. civ. portughez (1996), art. 41 (3.2.7a) din C. civ. olandez (1992).

Pentru amănunte cu privire la nulitatea parțială în dreptul francez a se vedea Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968.

În legătură cu nulitatea parțială în dreptul elvețian, a se vedea H. Tandogan, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats*, thèse, Genève, 1952, p. 51 sqq., iar cu privire la nulitatea parțială în dreptul spaniol, a se vedea F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Editura Civitas, S.A., Madrid, 1985, p. 491 sqq.

²⁶ De notat că această categorie de clauze nu a fost străină redactorilor Codului Napoleon din 1804. A se vedea art. 900 („Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites”).

²⁷ Natura acestor clauze este încă controversată. În sensul că ar fi vorba de o sancțiune autonomă, distinctă de nulitate, care „operează de plin drept”, deci, în mod automat, asemeni nulităților de drept, dar diferită de această categorie a nulităților, a se vedea S. Gaudemet, *La clause réputé non écrite*, thèse, Economica, Paris 2006; în sensul că ar fi vorba de o sancțiune specifică, respectiv fie de un caz de „nulitate de drept”, fie de un caz de „inexistență”, a se vedea P. Wéry, *Nullité inexistence et réputé non écrit*, în vol. „La nullité des contrats”, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 11 et s.); adde Al. Adda, *op. cit.* (2008), p. 121 (în legătură cu pactul abuziv inserat într-un contract): „l'estensione della nullità del singolo patto [abusivo] non avrebbero infatti modo di porsi quando la clausola, anziché nulla, sia considerata inefficace, „non apposta”; ovvero, con parole proprie din un ordinamento in cui la strada è diffusamente praticata, „réputé non écrite”. Perché l'inefficacia, per sua natura, neutralizzerebbe l'operatività del singolo patto, senza influire sul resto negozio”. În orice caz fizionomia juridică a acestor clauze este incompatibilă cu categoria nulității judiciare (sub rezerva cazurilor în care judecătorul ar fi imputemicit, prin lege, să stabilească caracterul anormal al acestor clauze și să le elimine, considerându-se „nescrise” ori „nule și neavenite”, i.e. incompatibile cu natura contractului).

b) *Soft Law. Principiile UNIDROIT 2004.* Nulitatea parțială este consacrată și în art. 3.16 din Principiile UNIDROIT aplicabile contractelor comerciale internaționale: „Când nulitatea afectează doar clauze individuale ale contractului, efectul nulității este limitat la acele clauze cu excepția cazului în care, având în vedere circumstanțele concrete, menținerea restului contractului este nerezonabilă”.

C) *Distincția între clauzele ilicite nule, anulabile sau considerate nescrise.*

9. *Care este criteriul de demarcație dintre clauzele nule, anulabile și cele considerate nescrise?* După cum rezultă din art. 1.255, criteriul esențial de demarcație între aceste clauze este unul de ordin *formal*: existența unei clauze ilicite declarate de lege nescrise. Și nicidecum unul material, deoarece, din punct de vedere *substanțial*, ambele categorii de clauze sunt supuse aceluiași regim juridic și produc aceeași ineficacitate juridică.

Deci însuși legiuitorul (*nu* părțile și nici judecătorul) stabilește dacă o clauză considerată ilicită este socotită și nescrisă ori, dimpotrivă, numai nulă sau anulabilă.

În plus, este de remarcat că dacă clauzele considerate nescrise sunt clauze ilicite exprese, clauzele nule sau, după caz, anulabile pot fi atât exprese, cât și tacite.

Într-adevăr, potrivit art. 1.255 pot atrage nulitatea absolută sau relativă a contractului toate clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri, indiferent dacă sunt ori nu declarate nule ori anulabile (cf. art. 1.253 privind nulitatea „virtuală”), ceea ce nu este însă cazul clauzelor considerate nescrise care, fără excepție, trebuie să fie declarate ca atare de către lege.

În NCC întâlnim, în diverse materii, atât clauze ilicite declarate *expressis verbis* nule sau anulabile, cât și clauze ilicite socotite nule sau anulabile în mod implicit, deoarece sunt contrare legii ordinii publice sau bunelor moravuri, inclusiv clauze nule și ineficace din cauza nerespectării unor cerințe de formă²⁸.

Exempli gratia:

– *clauze ilicite declarate în mod expres nule (sau anulabile):*

● Art. art. 2.515 alin. (6), precitat („Orice convenție sau clauză contrară dispozițiilor prezentului articol este lovită de nulitate absolută” – s.n.).

– *clauze ilicite considerate, implicit, nule sau anulabile:*

● Art. 708 alin. (2) („Uzufructul constituit în favoarea unei persoane juridice poate avea durata de cel mult 30 de ani. Atunci când este constituit cu depășirea acestui termen, uzufructul se reduce de drept la 30 de ani” – s.n.);

²⁸ Cf. art. 1.203 NCC în legătură cu clauzele standard neuzuale care „nu produc efecte decât dacă sunt acceptate, în mod expres, în scris, de cealaltă parte” (s.n.). Lipsa acordului expres și scris al părții afectate de clauzele respective atrage, *ipso iure*, nulitatea (absolută sau relativă?!) și, deci, ineficacitatea acestora.

● *Art. 1.170 teza II* („Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe timpul executării sale. *Ele nu pot înlătura sau limita această obligație*” – s.n.);

● *Art. 1.355 alin. (1)* („Nu se poate exclude sau limita, prin convenții sau acte unilaterale, răspunderea pentru prejudiciul material cauzat altuia printr-o faptă săvârșită cu intenție sau din culpă gravă” – s.n.).

10. Care e natura juridică a clauzelor considerate nescrise? a) Datele problemei. Existând această distincție formală între clauzele nule, anulabile și cele socotite nescrise, întrebarea care s-a pus și se poate pune este aceea a naturii juridice a clauzelor considerate nescrise. Această chestiune, e drept, este mai mult teoretică decât una practică, întrucât în principiu ambele categorii de clauze sunt supuse de noul cod aceluiași regim juridic. Totuși, pentru exigențele teoriei juridice, ea merită a fi discutată și rezolvată cât mai bine cu putință.

Într-adevăr, în privința naturii juridice a clauzelor considerate nescrise problema care se pune este dacă suntem în prezența unei sancțiuni specifice, autonome, sau, dimpotrivă, în fața unei varietăți a nulității de plin drept a contractului, *in specie*, a unor clauze nule de plin drept.

b) Opinii doctrinare. Într-o opinie, de import, bazată pe părerile formulate în doctrina franceză, însă vădit *contradictorie*, se consideră că ar fi vorba de „o clauză nulă, nereglementată de codul anterior (*sic!*)”²⁹, având ca efect „nulitatea parțială a contractului”³⁰, fiind însă în prezența unei *ficțiuni juridice* evidente, contrară realității juridice, distinctă (*sic!*) de nulitatea parțială, care nu poate fi niciodată confirmată (regularizată) și care poate izvorî atât din lege, cât și din interpretarea jurisprudenței:

„Prin clauză se înțelege sensul cel mai larg de dispoziție particulară în cadrul unui act juridic, având ca obiect precizarea elementelor sau modalităților. Ea poate fi privită distinct de celelalte clauze.

Considerarea ca nescrisă a clauzei este vădită *ficțiune*, adică o negare a unei realități juridice. De fiecare dată când o soluție contrazice o normă de drept ne aflăm în prezența unei *ficțiuni juridice* care atacă vădit coerența sistemului juridic, a ansamblului de concepte juridice și de relații dintre acestea. Prezența ei se explică prin autonomia voinței.

(...) Prin considerarea nescrisă a clauzei se recunoaște instanței (*sic!*) dreptul de a modera forța obligatorie a contractului.

Clauza considerată nescrisă se distinge de alte concepte învecinate (...) Reprezintă un mod distinct față de nulitatea a cărei întindere se determină după un criteriu subiectiv: măsura în care a determinat consimțământul părților.

Totodată, atât nulitatea parțială, cât și clauza considerată nescrisă sunt deopotrivă mijloace de salvare a contractului.

²⁹ I. Turcu, *Noul Cod civil. Legea nr. 287/2009. Cartea V. Despre obligații art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 316.

³⁰ *Ibidem*.

Sanctiunea considerării ca nescrisă operează însă deplin drept, cât [în] timp [ce] nulitatea presupune intervenția instanței (...) [p. 317]

Regularizarea, ca procedeu de salvare a contractului constând în corectarea viciului sau dispariția lui, nu este posibilă în cazul clauzei considerate inexistente.

Specificul sancțiunii clauzei considerate nescrise este lipsirea automată de forță juridică, astfel că numai celelalte clauze valabile sunt [p. 318] luate în calcul. Regularizarea ca procedeu de salvare este deci exclusă. Viciul generat de clauză este epurat și intervenția părților se reduce la o regularizare formală.

Clauza reputată ca nescrisă, care, deși privată de forță obligatorie, continuă să figureze în contract, este în mod formal ștearsă din textul contractului. În timp ce o clauză nulă sau, mai precis, anulabilă, poate fi regularizată, clauza reputată nescrisă nu poate fi regularizată. (...)

Confirmarea clauzei reputate nescrise nu este posibilă. Părțile pot numai să modifice contractul și să găsească formula în care clauza nu va mai fi sancționată în același mod.

Clauza reputată ca nescrisă poate fi identificată formal, fiind indicată de lege sau de instanță cu ajutorul legii. [p. 319]³¹

Într-o *altă opinie*, plecând de la premisa, care ar trebui, totuși, demonstrată, cel puțin în lumina NCC, că, din punct de vedere *substanțial*, exceptând ipoteza clauzelor considerate ca nescrise și eventualele norme speciale ce ar institui cazuri de nulitate care să opereze de (plin) drept (ex., art. 5 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești), toate nulitățile, atât absolute, cât și relative sunt, în principiu, judiciare³², se afirmă că, în cazul *clauzelor considerate nescrise*, acestea pot fi privite ca „nulități absolute și parțiale, care însă operează de drept”³³

c) *Soluția reținută*: *Clauzele considerate nescrise sunt clauze nule de plin drept*. În ce ne privește, problema naturii juridice, și strâns legat de aceasta, și chestiunea regimului aplicabil clauzelor considerate nescrise comportă o analiză mult mai atentă, raportată la concepția de ansamblu a nulității contractului, dar și la fizionomia specifică a acestui tip de clauze ilicite, neputând fi exclusă din discuție niciuna din calificările juridice posibile: clauze inexistente sau clauze nule³⁴. Astfel:

În favoarea *primei teze* – *inexistența juridică* – pledează, *prima facie*, însăși terminologia legală: „clauze considerate de lege nescrise”, *i.e.* inexistente (sau ineficace); totuși, *inexistența*, ca ineficacitate absolută, radicală și automată a unui act juridic este incompatibilă cu acest tip de clauze, care există materialmente, dar cărora legea le refuză orice efect juridic, socotindu-le nescrise; într-adevăr, după cum s-a remarcat, ca să fie vorba de inexistență trebuie să fie vorba de un act care

³¹ *Ibidem*, p. 317-319.

³² A se vedea, în acest sens, G. Boroș, C.A. Anghelșcu, *op. cit.*, p. 229 sqq.

³³ *Ibidem*, p. 231.

³⁴ Asupra controversei din dreptul francez și cel belgian, a se vedea *supra*, nota 27.

nu prezintă acel substrat material susceptibil de a fi calificat în sens juridic³⁵ sau altfel spus: „Este nul actul incomplet în condițiile lui esențiale sau ilicit. Este inexistent actul care *nu există* (Cariota Ferrara)”³⁶ – s.n. Cu alte cuvinte, cuplul nulitate-inexistență se bazează pe distincția calificare negativă-incalificare. Actul nul ar fi un act calificat negativmente, în timp ce actul inexistent nu ar fi susceptibil de nicio calificare. Ar fi un act incalificat și/sau incalificabil. Calificarea negativă *nu* exclude ipoteza ca actul să producă efecte, fie de natură negativă (de ex., acțiunea în nulitate) sau pozitivă (conversiunea), incalificarea actului (inexistent) n-ar produce însă niciun efect (n-ar privi astfel de efecte)³⁷. Or, dacă este așa, clauza considerată nescrisă există materialmente, dar, fiind ilegală, este socotită nescrisă, în sens de nulă *ab origine* (nu anulabilă), deci, calificată *negativmente*, i.e. este și rămâne o clauză *ineficace*, inaptă să producă efecte juridice.

Din aceste motive, nu putem adera la teza inexistenței juridice, deoarece ineficacitatea acestor clauze este consecința iliceității lor, adică a invalidării lor *ipso iure*, iar nu a imposibilității de a fi calificate din punct de vedere juridic.

Rămâne de examinat cea de-a doua teză, aceea a nulității parțiale, care se sprijină și pe argumente de text puternice.

Într-adevăr, în favoarea celei de-a doua teze – *nulitatea parțială* – pledează, în afara unor argumente de text, un argument de *logică juridică*, dedus din natura și obiectul acestor clauze: obligații și prestații accesorii obligațiilor și drepturilor contractuale principale: dacă obiectul principal ilicit atrage nulitatea contractului, *a fortiori*, obiectul secundar ilicit trebuie să atragă aceeași sancțiune juridică: nulitatea, care este sancțiunea specifică a nesocotirii condițiilor de validitate a contractului.

În plus, și decisiv credem, în favoarea acestei din urmă opinii mai joacă însuși art. 1.255, intitulat „Nulitatea parțială”, care prevede că regulile aplicabile clauzelor nule sau anulabile se aplică și clauzelor considerate nescrise. Rezultă, așadar, că formula „clauze considerate nescrise” nu reprezintă altceva decât un mijloc *comod* de desemnare a unor clauze ilicite care nu produc niciun efect. Ea nu ne statornicește direct, ci indirect, că aceste clauze sunt nule deplin drept, astfel încât sunt socotite nescrise, deci, ca și inexistente, după cum în materia nulității absolute contractul lovit de nulitate este considerat, automat și definitiv, „a nu fi fost niciodată încheiat” [art. 1.254 alin. (1)], deși el a fost, desigur, încheiat, și, materialmente, a existat și există în continuare, fiind, de altfel susceptibil să producă alte efecte juridice (prin efectul conversiunii de ex.; art. 1.260), spre

³⁵ A. Di Majo, *La nullità*, în „Trattato di diritto civile (diretto da Mario Bessone)”, vol. XIII, „Il contratto in generale”, t. VII a cura di Adolfo Di Majo, Giovanni Battista Ferri e Massimo Franzoni, G. Giappichelli Editore – Torino, p. 49 și urm.

³⁶ *Apud* F. Di Marzio, *op. cit.*, p. 26.

³⁷ *Ibidem*, p. 51. Este cazul, spre exemplu, al unei propuneri neacceptate, al unei căsătorii necelebrate, al unei deliberări a unei adunări generale făcute fără respectarea formalității de convocare etc.

deosebire de un contract „inexistent” care, nefiind susceptibil de nicio calificare juridică, nu produce niciun efect.

În susținerea acestui punct de vedere pot fi invocate și alte texte din cod. Avem în vedere, *exempli gratia*, art. 1402 care prevede că: „Condiția imposibilă, contrară legii sau bunelor moravuri, este considerată nescrisă, iar dacă este însăși cauza contractului, atrage *nulitatea absolută* a acestuia” (s.n.); de unde rezultă că, atunci când condiția a fost cauza impulsivă și determinantă a contractului, dacă este imposibilă, ilicită sau imorală, contractul este nul în întregime, iar nu doar parțial (i.e. considerat pur și simplu, neafectat de condiție).

De aceea, *în ce ne privește*, credem că clauzele considerate nescrise nu sunt altceva decât o varietate a clauzelor (convențiilor) ilicite accesorii nule de plin drept, iar nicidecum în fața unei sancțiuni specifice, autonome, denumită *inexistență*.

D) Regimul juridic și efectele clauzelor nule, anulabile sau considerate nescrise. 11. Regimul juridic al clauzelor nule, anulabile sau considerate nescrise.

a) Precizări prealabile. Sub aspectul regimului juridic, ilicite (invalide) trebuie să distingem după cum e vorba de clauze ilicite nule sau anulabile expres sau tacit (b) ori de clauze ilicite considerate de lege nescrise (c).

b) Regimul clauzelor ilicite nule sau anulabile. Fiind vorba de cazuri de nulitate parțială, în principiu, regimul va depinde după cum este vorba de clauze ilicite lovite de nulitate absolută, i.e. nule, sau de cauze ilicite anulabile, deci, sancționate numai cu nulitatea relativă.

Astfel, în cazul *clauzelor ilicite nule*, nulitatea absolută poate fi invocată oricând și de orice persoană interesată, inclusiv de către instanță *ex officio*, aceste clauze neputând fi confirmate, ci numai refăcute cu respectarea condițiilor prevăzute de lege [art. 1.247, 1.249 alin. (1), 1.259]. Nulitatea operează *de plin drept*, iar nu la cererea persoanei interesate.

În schimb, *clauzele ilicite anulabile* pot fi desființate numai la cererea părții interesate, în termenul de prescripție prevăzut de lege, și pot fi confirmate prin renunțarea la dreptul de a invoca nulitatea relativă. Este cazul, spre ex., al clauzelor abuzive din dreptul consumului.

Potrivit art. 6 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți (profesioniști) și consumatori (republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 305 din 18 aprilie 2008, ulterior modificată): „*Clauzele abuzive cuprinse în contracte și constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege nu vor produce efecte asupra consumatorului, iar contractul se va derula, în continuare, cu acordul consumatorului, dacă după eliminarea acestora mai poate continua*”³⁸.

³⁸ În ipoteza în care, înlăturându-se clauzele considerate abuzive, contractul nu-și mai poate produce efectele, consumatorul poate să ceară rezilierea contractului și daune-interese. În sensul că deși textul utilizează terminologia „clauze abuzive”, el se referă, în realitate, la clauze care, datorită naturii lor abuzive, ar trebui considerate ca nescrise; a se vedea I. Turcu, *op. cit.*, p. 320.

c) *Regimul clauzelor considerate nescrise*. Indiferent de natura absolută sau relativă a nulității, clauzele considerate nescrise nu produc niciun efect, *i.e.* sunt nule *de plin drept*. Ineficacitatea radicală poate fi invocată de orice persoană interesată, inclusiv de către instanța din oficiu, fiind imprescriptibilă extinctiv.

Totuși, dacă prin dispoziția legală încălcată se ocrotea un interes individual, particular, deși nulitatea operează de plin drept, ea este și rămâne relativă. Prin urmare, partea interesată poate renunța la efectele nulității executând, *i.e.* dând eficiență clauzei considerate *ab initio* nescrisă³⁹.

Spre exemplu, potrivit art. 1.277 NCC, clauza prin care s-ar suprima obligația respectării unui termen rezonabil de preaviz pentru denunțarea unilaterală a unui contract încheiat pe durată nedeterminată, precum și clauza prin care s-ar stipula o prestație în schimbul denunțării contractului sunt considerate nescrise. Dar ce se întâmplă dacă beneficiarul ei solicită și primește prestația convenită? Este vorba de o plată valabilă sau de una nevalabilă și supusă restituirii? Credem că plata este valabilă, dacă a fost făcută în cunoștință de cauză, deoarece în joc este un interes exclusiv personal, iar nu unul general. Deci textul sancționează un caz de nulitate relativă, iar nu absolută, ce poate fi acoperită prin confirmarea clauzei socotite nescrise.

Tot astfel, și exemplele ar putea continua, este socotită nescrisă orice clauză care ar contraveni dispozițiilor art. 1.734 alin. (1) NCC, care reglementează concursul dintre preemptori. Cum în joc se află rangul preemptorilor, este vorba de un interes individual, iar nu general. În consecință, nimic nu împiedică pe preemptorii afectați să confirme o astfel de clauză.

12. *Efectele juridice ale clauzelor nule, anulabile sau considerate nescrise*. Indiferent de natura absolută ori relativă a acestor clauze ilicite, potrivit art. 1.255 alin. (2) ele „sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile”⁴⁰, iar dacă nu există astfel de dispoziții (de exemplu, clauzele contrare ordinii publice sau bunelor moravuri) nu produc niciun efect, *i.e.* sunt considerate inexistente, conform art. 1.254 alin. (1), aplicabil pentru identitate de rațiune:

„Contractul lovit de nulitate absolută sau anulat este considerat a nu fi fost niciodată încheiat” (s.n.); *ad simile*, contractul lovit în parte de nulitate absolută sau în parte anulat este considerat a nu fi fost, în parte, niciodată încheiat”.

³⁹ Cu privire la posibilitatea renunțării la efectele compensației legale, a se vedea art. 1.617 alin. (3). *Adde*, pentru renunțarea la beneficiul termenelor de decădere relativă (după împlinirea termenului), art. 2.549 alin. (1).

⁴⁰ Uneori, înlocuirea este provizorie, până la renegocierea clauzelor constatate nule de către instanța judecătorească. A se vedea, de pildă, art. 142 alin. (4) din Legea nr. 62/2011 a dialogului social (publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 322 din 10 mai 2011, ulterior modificată), „Până la renegocierea clauzelor a căror nulitate a fost constatată, acestea sunt înlocuite cu prevederile mai favorabile angajaților, cuprinse în lege sau în contractul colectiv de muncă aplicabil încheiat la nivelul superior, după caz” (s.n.).

Totodată, oricare din aceste clauze pot fi, în principiu, refăcute, cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege la data refacerii lor, în baza principiului *tempus regit actum* [art. 6 alin. (1) NCC] cu mențiunea că în astfel de cazuri clauzele respective vor produce efecte numai *ex nunc*, iar nu și *ex tunc* (art. 1.259).

Desigur, trebuie subliniat și arătat, în cazul clauzelor socotite nescrise, că noile clauze nu pot contraveni dispozițiilor legale. Susținerea din doctrină⁴¹ că este exclusă, în mod absolut, refacerea clauzelor considerate nescrise ori confirmarea acestora nu poate fi, așadar, primită.

De notat, că, indiferent de caracterul nul sau nescris al unei clauze ilicite, în principiu, ineficacitatea acesteia nu influențează restul contractului⁴².

Totuși, dacă aceste clauze sunt esențiale, *i.e.* constituie cauza impulsivă și determinantă pentru care s-a făcut contractul, atunci acesta este nul deplin drept în întregul său (cf. art. 1.402 teza II NCC).

Nulitatea sau caracterul nescris al clauzei poate fi invocată direct de către partea împotriva căreia este invocată clauza respectivă, iar dacă există discuții ori contestații în privința caracterului ilicit al acesteia, oricare dintre părți poate sesiza instanța cu o acțiune în constatare provocatorie (art. 111 C.pr.civ.)⁴³, pentru a se constata nulitatea/validitatea sau, după caz, „inexistența”/existența ei juridică.

În sfârșit, dacă în fapt clauzele respective au fost executate, iar această executare a constat în prestații reciproce sau unilaterale, ele sunt supuse restituirii, potrivit dreptului comun [art. 1.254 alin. (3), 1.639 și urm. NCC].

III. ASPECTE DE DREPT TRANZITORIU⁴⁴

13. *Datele problemei.* Nulitatea, fiind sancțiunea actelor invalide, adică a actelor nelegal făcute, din cauza nesocotirii condițiilor de fond și de formă edictate

⁴¹ În acest sens, I. Turcu, *op. cit.*, p. 319: „clauza reputată nescrisă nu poate fi regularizată”; „confirmarea clauzei reputate nescrise nu este posibilă” etc.

⁴² Cf. Al. Adda, *op. cit.* (2008), p. 121 (în legătură cu clauzele socotite nescrise): „l'inefficacia [della clausola considerata inefficace, „non apposta” ovvero „reputé non écrite”], per sua natura, neutralizzerebbe l'operatività del singolo patto, senza influire sul resto negozio”.

⁴³ Art. 35 Noul Cod de procedură civilă (L. nr. 134/2010).

⁴⁴ În legătură cu problema legii aplicabile nulității actului juridic în caz de succesiune a legilor în timp, a se vedea M. Nicolae, *Probleme de drept tranzitoriu. Legea aplicabilă nulității actului juridic civil*, (I), în „Revista română de drept privat” nr. 6/2007, p. 96 sqq.; idem. *Probleme de drept tranzitoriu. Legea aplicabilă nulității actului juridic civil*, II, *cit. supra*, p. 101 sqq.

Pentru dezvoltări în privința aplicării în timp a legii civile, a se vedea, de exemplu: Tr. Broșteanu, *Arbitrariul și relativitatea formulelor doctrinare cu privire la aplicarea legilor în timp*, Institutul de Arte Grafice „Vremea”, București, 1932; idem, *Insuficiența articolului 1 din Codul civil pentru soluția problemelor de aplicațiune a legilor în timp*, în P.R., 1932, IV, p. 279-294; G. Plastara, *Sinteza dreptului intertemporal – Noua doctrină în materia neretroactivității legilor*, în „Pandectele române”, 1932, IV, p. 208-218; P. Vasilescu, *Stabilitatea dreptului în succesiunea legilor*, Institutul de Arte Grafice „N. V. Ștefăniu”, Iași, 1933; M. Eliescu, *Aplicarea legii civile în*

pentru încheierea lor valabilă, cauzele și efectele nulității sunt edictate exclusiv de lege, în vederea ocrotirii unor interese generale sau particulare, după caz. Or, cum aceste interese nu sunt mereu aceleași, dispozițiile care conțin norme privitoare la încheierea actelor juridice sunt adesea modificate de legiuitor, prin crearea unor noi cauze de nulitate, prin modificarea sau suprimarea celor existente, prin modificarea a însuși regimului aplicabil unor categorii de nulități sau, în sfârșit, prin schimbarea efectelor nulității. Care este însă, în asemenea cazuri, legea aplicabilă încheierii valabile a unui act juridic sau, altfel spus, după ce lege se apreciază validitatea unui act juridic civil în cazul în care legea nouă, subsecventă încheierii lui, modifică condițiile de formare a acestuia, de exemplu, fie micșorând sau sporind condițiile de validitate, fie schimbând condițiile de existență a cerințelor de validitate?⁴⁵ Așadar, întrebarea care se pune este după ce lege se apreciază validi-

timp și spațiu. Conflitele de legi, în „Tratat de drept civil”, vol. I, „Partea generală”, de Tr. Ionașcu ș.a., Editura Academiei, București, 1967, p. 77-131; A. Pop, Gh. Beleiu, *Drept civil. Teoria generală a dreptului civil*, Universitatea din București, 1980, p. 69-76; O. Căpățînă, *Aplicarea legii în timp și spațiu*, în „Tratat de drept civil”, vol. I, „Partea generală” (coordonator P. Cosmovici), Editura Academiei, București, 1989, p. 107-143; G. Boroi, *Drept civil. Partea generală*, ed. a II-a, Editura All Beck, București, 1999, p. 17-23; O. Ungureanu, *op. cit.*, p. 54-58; I. Reghini, *Dreptul civil. Norma de drept civil. Raportul juridic civil*, în „Introducere în dreptul civil” de I. Reghini, Ș. Diaconescu, vol. 1, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2004, p. 59-85. Adde P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)* 2^e éd., Dalloz et Sirey, Paris, 1960; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1, Sirey, Paris, 1956, p. 168-184; E.-L. Bach, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, în „Revue trimestrielle de droit civil” nr. 3/1969, p. 405-468; J. Héron, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil)*, în „Revue trimestrielle de droit civil” nr. 1/1985, p. 277-333; idem, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1996; J. Ghestin, G. Goubeaux et Muriel-Fabre Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 325-371; Pierre Fleury-Le Gros, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, thèse (préfaces de Louis Bach et Pierre Mayer, et postface de Jacques Petit), Dalloz, Paris, 2005, p. 14 et s.

⁴⁵ Teoretic, nulitatea actului juridic sau aspecte ale regimului său juridic ar putea fi guvernată de oricare din următoarele legi: 1) legea în vigoare la data emiterii ofertei de a contracta sau cea în vigoare la data acceptării acesteia; 2) legea în vigoare la data încheierii actului; 3) legea în vigoare ulterioară întocmirii actului, dar înainte de introducerea acțiunii în constatare sau în anulare de către cel interesat să se prevaleze de nulitatea absolută ori de nulitatea relativă ce afectă valabilitatea actului; 4) legea în vigoare la data pronunțării primei instanțe, a instanței de apel sau, după caz, a instanței de recurs; 5) legea în vigoare înainte de data punerii în executare a hotărârii judecătorești de anulare sau de constatare a nulității; 6) legea în vigoare în cursul punerii în executare a hotărârii judecătorești de anulare sau de constatare a nulității; 7) legea ulterioară executării silite a hotărârii judecătorești de anulare sau de constatare a nulității; 8) legea în vigoare în cursul punerii în executare a hotărârii de obligare la restituirea, în natură sau prin echivalent, a prestațiilor efectuate în baza actului juridic constatat sau declarat nul; 9) legea ulterioară executării silite a hotărârii judecătorești de repunere în situația anterioară a părților contractante. Numai a doua dintre aceste ipoteze nu implică acțiunea retroactivă a legii noi, pe când toate celelalte ipoteze antrenează, prin natura sau efectele lor, un grad mai mic sau mai mare de retroactivitate al legii noi.

tatea unui act juridic: în funcție de legea în vigoare la data încheierii lui, dată față de care acesta ar fi nul, sau în funcție de legea nouă care, intrând în vigoare înainte de anularea actului, suprimă o condiție de valabilitate (de ex., înlătură cerința forme autentice sau ridică interdicția de înstrăinare etc.) în raport de care actul respectiv, deși inițial nul, ar apărea drept valabil?

În sistemul vechiului Cod civil, în doctrina românească și practica judiciară s-au dat acestei probleme nu mai puțin de patru soluții⁴⁶ – aplicarea imediată a legii noi, aplicarea legii vechi cauzelor de nulitate, iar a legii noi doar efectelor nulității, aplicarea legii noi în temeiul voinței tacite a părților, aplicarea legii în vigoare la data încheierii actului –, după cum nulitatea era concepută ca un *factum pendens* ori *factum praeteritum*, însă NCC tranșează această chestiune, statuând, în deplin acord cu dispozițiile art. 15 alin. (2) din Constituție, că nulitatea este supusă, în exclusivitate, legii în vigoare la data încheierii actului juridic nul sau, după caz, anulabil. O altă soluție ar echivala cu retroactivitatea legii noi, ceea ce, în dreptul actual, este inadmisibil⁴⁷.

Această soluție este valabilă indiferent de felul – absolut sau relativ – al nulității, de modul cum operează nulitatea – la cerere sau *ipso iure* – și, bineînțeles, indiferent de întinderea efectelor nulității, respectiv după cum aceasta este totală sau parțială.

În fine, menționăm că în dreptul comparat (*recte*, dreptul francez), *ratione temporis*, se distinge între clauzele nule („*les clauses nulles*”) și cele socotite nescrise („*les clauses réputées non écrites*”): în primul caz, aceste clauze sunt supuse legii în vigoare la data încheierii contractului, conform regulii tradiționale potrivit căreia nulitatea este supusă legii în vigoare la data încheierii actului juridic civil; în al doilea caz, este aplicabilă legea în vigoare la data când aceste clauze ar fi fost valorificabile, astfel încât prin legea nouă, care este de imediată aplicare, ele pot fi socotite deplin eficace sau, invers, clauze socotite valide potrivit legii noi, trebuie socotite nescrise și lipsite de efecte, în temeiul legii noi, deoarece interesul general trebuie să primeze asupra principiului securității juridice⁴⁸, cu mențiunea că pentru a se păstra un just echilibru între aceste imperative, prin legea nouă ar trebui să se stabilească un termen în care părțile contractante să pună de acord clauzele care ar fi devenit contrare dispozițiilor imperative ale legii noi⁴⁹.

Această distincție și soluție nu poate fi însă primită în dreptul nostru, deoarece, în primul rând, clauzele considerate nescrise sunt asimilate în întregime clauzelor nule sau anulabile, iar potrivit art. 6 alin. (3) NCC (*infra*, nr. 14), actele nule,

⁴⁶ A se vedea, pentru amănunte, inclusiv considerații de drept comparat, M. Nicolae, *Probleme de drept tranzitoriu. Legea aplicabilă nulității actului juridic civil (I)*, cit. *supra*, p. 107 sqq, împreună cu aparatul critic acolo citat.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 121-122.

⁴⁸ A se vedea, pe larg, S. Guademet, *op. cit.*, nr. 148 și urm., p. 148 sqq.

⁴⁹ *Ibidem*, nr. 304, p. 157.

anulabile sau afectate de alte cauze de ineficacitate sunt și rămân supuse dispozițiilor legii în vigoare la data încheierii lor. O altă soluție ar însemna retroactivitatea parțială a legii noi și nesocotirea dispozițiilor art. 15 alin. (2) din Constituție. În al doilea rând, chiar dacă clauzele socotite nescrise ar fi supuse unui alt regim juridic, fiind considerate clauze inexistente sau ineficace (caduce), trebuie să se admită aceeași soluție, deoarece, după părerea noastră, contractul nu poate să producă alte efecte decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sale [art. 6 alin. (2) NCC], iar legea nouă care ar lipsi un act juridic valabil încheiat de anumite efecte, fie integral și *ex tunc*, fie parțial și doar *ex nunc*, este, *in toto* sau *pro parte*, retroactivă⁵⁰.

14. *Sedes materiae.* a) *Prevederile art. 6 alin. (3) NCC.* Conform acestui text (introdus prin legea de punere în aplicare):

„Actele juridice nule, anulabile sau afectate de alte cauze de ineficacitate la data intrării în vigoare a legii noi sunt supuse dispozițiilor legii vechi, neputând fi considerate valabile ori, după caz, eficace potrivit dispozițiilor legii noi”

b) *Prevederile art. 4 din Legea nr. 71/2011.* Potrivit acestui text legal, dispozițiile NCC nu validează actele juridice nule sau, după caz, anulabile ori afectate de alte cauze de ineficacitate prevăzute de Codul civil din 1864, precum și de alte acte normative complementare sau derogatoare:

„La data intrării în vigoare a Codului civil, actele juridice nule, anulabile sau afectate de alte cauze de ineficacitate, prevăzute de Codul civil din 1864, precum și de alte acte normative, rămân supuse dispozițiilor legii vechi, neputând fi considerate valabile ori, după caz, eficace potrivit Codului civil sau dispozițiilor prezentei legi”

De reținut că dacă art. 6 alin. (3) NCC este un text de principiu care interesează eventualul conflict dintre NCC și legislația civilă specială sau complementară, pe de o parte, și legile civile viitoare, pe de altă parte, art. 4 din legea de punere în

⁵⁰ Cf. P. Fleury-Le Gros, *op. cit.*, nr. 270 și urm., p. 121 sqq. O lege este *retroactivă* în două cazuri (*ibidem*, nr. 272, p. 122): 1) când se opune ca o consecință juridică să fie atașată unui fapt trecut, integral realizat sub legea veche; 2) când atașează o altă consecință juridică unui fapt trecut integral realizat sub legea veche («On peut dire d'une norme qu'elle «régit» [...] (une) conséquence de droit attachée à des faits passés dans deux cas différents: – En premier lieu, lorsqu'elle s'oppose à ce qu'une conséquence de droit soit attachée à la réalisation de faits passés. – En seconde lieu, lorsqu'elle attache une conséquence de droit à leur réalisation»).

Or, în cazul unei clauze considerate valabile și deplin eficace potrivit legii vechi, dar nescrisă, în temeiul legii noi, ea nu poate fi lipsită de efecte, de către legea nouă, decât în măsura în care legea nouă „se opune” ori „sanctionează” diferit clauza respectivă: valabilă și eficace – în raport de legea veche – devine ineficace în raport de legea nouă; și invers, nescrisă – în raport de legea veche – devine eficace în lumina legii noi. Aplicarea legii noi nu se poate însă face decât în mod retroactiv, deoarece este vorba de acte juridice născute înainte de intrarea ei în vigoare.

aplicare a NCC este un text special care vizează însuși conflictul dintre vechea legislație civilă și dispozițiile NCC în materie de nulitate a actelor juridice, astfel încât cele două texte de lege au un câmp de acțiune diferit care nu trebuie confundat⁵¹. Pe de altă parte, textul art. 4 din Legea nr. 71/2011 este un text de principiu, legiuitorul făcând aplicația lui în diferite materii ale NCC, precum anulabilitatea căsătoriei dintre tutore și persoana minoră (art. 26)⁵², validitatea adopției (art. 49)⁵³, validitatea clauzelor de inalienabilitate (art. 60)⁵⁴ sau nulitatea clauzelor de amenajare convențională a regimului prescripției extinctive (art. 202)⁵⁵.

15. Domeniu de aplicare. Nulitatea este supusă, în principiu, legii în vigoare de la data încheierii contractului.

⁵¹ Cf. M. S. Croitoru, *Aplicarea legii civile în timp din perspectiva Noului Cod civil*, în „Revista română de drept privat” nr. 6/2011, p. 63.

Reamintim că legea de punere în aplicare a NCC este o lege complexă care conține nu numai dispoziții tranzitorii și de punere în aplicare a NCC, ci și dispoziții de modificare și completare a NCC, în forma adoptată prin Legea nr. 287/2009, de modificare și completare a unor acte normative în vederea punerii de acord cu prevederile NCC, inclusiv dispoziții abrogatoare. A se vedea, în acest sens, M. Nicolae, *Introducere*, în „Noul Cod civil (Ediție critică)”, *cit. supra*, nr. 17 și urm., p. LXXXVII sqq.

Cu privire la interpretarea și aplicarea în timp a dispozițiilor NCC (în general), a se vedea: D. Chirică, *O privire asupra noului Cod civil. Titlul preliminar*, în „Pandectele române” nr. 3/2011, p. 118-123, 125; P. Perju, *Conflictul de legi în timp în reglementarea Noului Cod civil și a Proiectului Legii pentru punerea în aplicare a acestuia*, în „Dreptul” nr. 3/2011, p. 11-19; idem, *Conflictul de legi în timp în reglementarea Noului Cod civil și a Legii pentru punerea în aplicare a acestuia*, în „Dreptul” nr. 9/2011, p. 11-20; idem., *Considerații referitoare la Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Noului Cod civil*, în „Dreptul” nr. 11/2011, p. 11-18; M.S. Croitoru, *Aplicarea legii civile în timp din perspectiva Noului Cod civil*, *cit. supra*, p. 11-84; C. Popa, R. Frangeti, *Aplicarea în timp a Noului Cod civil în materie contractuală*, în „Curierul judiciar” nr. 10/2011, p. 490-493; G. Boroi, *Aplicarea în timp a Noului Cod civil* (disponibil la adresa web www.inm-lex.ro – 27 noiembrie 2011, data consultării); C.M. Crăciunescu, *Câteva considerații privind aplicarea în timp a dispozițiilor Codului civil în materia divorțului* (disponibil la adresa web www.inm-lex.ro – 5 decembrie 2011, data consultării).

⁵² Existența tutelei constituie cauză de nulitate relativă a căsătoriei numai în cazul căsătoriilor încheiate după intrarea în vigoare a NCC.

⁵³ Adopțiile încuviințate înainte de intrarea în vigoare a NCC rămân supuse, în ceea ce privește validitatea lor, legii în vigoare la data când au fost încuviințate.

⁵⁴ Valabilitatea și efectele juridice ale clauzei de inalienabilitate instituite prin convenție sunt guvernate de legea în vigoare în momentul încheierii convenției [art. 60 alin. (1) L. nr. 71/2011]. Tot astfel, valabilitatea clauzei de inalienabilitate instituite prin testament este guvernată de legea în vigoare la data încheierii acestuia, dar efectele clauzei sunt guvernate de legea în vigoare la data deschiderii succesiunii [art. 60 alin. (2) L. nr. 71/2011].

⁵⁵ În sensul că dispozițiile art. 2.515 NCC care permit părților să modifice regulile legale privitoare la prescripția extintivă nu validează convențiile având ca obiect modificarea regimului legal al prescripției încheiate anterior intrării în vigoare a NCC.

În esență, legea în vigoare la data încheierii contractului guvernează condițiile de validitate a acestuia, cauzele de nulitate, regimul și efectele nulității⁵⁶. Și aceasta indiferent că e vorba de clauze nule, anulabile sau socotite nescrise și indiferent dacă clauzele considerate nescrise sunt simple clauze nule de plin drept (*supra*, nr. 10) sau ar fi socotite inexistente (ori ineficace, caduce). Într-adevăr, textul art. 6 alin. 3 NCC (*supra*, nr. 14 lit. a) nu distinge între cauzele de ineficacitate – între inexistență, nulitate, rezoluțiune, caducitate, inopozabilitate etc. – și nici între întinderea efectelor acestora, astfel încât nici noi nu trebuie să distingem: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Prin urmare, nu interesează legea în vigoare la data constatării nulității sau anulării contractului – pe cale amiabilă ori judiciară – și nici legea în vigoare la data repunerii părților în situația anterioară (ori a reglementării altor aspecte legate de nulitatea, regimul sau efectele acesteia).

16. *În loc de concluzie. Nulitatea parțială*, indiferent de forma sau modul în care este instituită ori în care operează, *este o varietate a nulității unor clauze ilicite ale contractului, iar în cazul contractelor plurilaterale, a nulității erga certam partem*⁵⁷.

Ea se poate înfățișa fie sub forma unei nulități exprese, *i.e.* a unor clauze declarate nule sau anulabile ori, mai nou, a unor clauze considerate nescrise, fie sub forma unei nulități tacite (evident, parțiale).

Din punct de vedere terminologic, expresia sau formula „clauze considerate nescrise” este un mijloc comod, deci practic, de desemnare a unor clauze ilicite accesorii care sunt nule de plin drept.

Nulitatea este însă parțială, iar nu totală.

În toate cazurile, regimul nulității parțiale este guvernat de natura interesului ocrotit prin norma încălcată: interes general, obștesc sau, după caz, interes individual, particular.

Sub aspectul modului de operare, nulitatea parțială fie produce efecte de plin drept când este vorba de un caz de nulitate absolută sau, după caz, de o clauză considerată nescrisă, fie operează la cererea părții interesate, dacă este vorba doar de o clauză ilicită anulabilă.

Din punct de vedere teoretic, dar și practic, nu trebuie confundată categoria nulităților absolute și relative, pe de o parte, și a nulităților totale sau parțiale, pe de altă parte.

⁵⁶ Pe larg, cu privire la aplicabilitatea, *in concreto*, a principiului neretroactivității în materia nulității actului juridic civil, ca urmare a intrării în vigoare a legii noi modificatoare sau abrogatoare, a se vedea M. Nicolae, *Probleme de drept tranzitoriu. Legea aplicabilă nulității actului juridic civil (II)*, cit. *supra*, nr. 15 și urm., p. 102 sqq.

⁵⁷ A se vedea și art. 1.934 NCC în materia nulității societății simple.

Aceasta întrucât clauzele considerate nescrise nu sunt neapărat și în mod inevitabil clauze ilicite nule (*i.e.* lovite de nulitate absolută), ci și clauze ilicite sancționate cu nulitatea relativă, însă *nu* cu acțiunea în anulare, ci cu o nulitate relativă care operează de plin drept.

În sfârșit, *ratione temporis*, nulitatea parțială, indiferent de forma pe care o îmbracă – clauze nule, anulabile sau considerate nescrise –, ca și nulitatea totală este și rămâne supusă legii în vigoare la data încheierii contractului, iar nu legii în vigoare la data constatării nulității sau anulării contractului și nici legii în vigoare la data repunerii părților în situația anterioară.