

ARTICOLE

UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA SANȚIUNEA NULITĂȚII ȘI LA NOȚIUNEA DE CLAUZĂ NESCRISĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL¹

Șerban DIACONESCU*

Abstract: *On the nullity of contract and the notion of unwritten clause under the new Romanian civil code. The new Civil Code contains a more detailed regulation of the legal regime of the invalidity of the contract. Alongside with the classical partial invalidity of the contract, the new Civil Code refers in many instances to clauses deemed unwritten. The lack of a precise regulation of the regime of these clauses opens the possibility for several qualifications, from a simple form of invalidity to a distinctive institution. The present paper has the purpose to offer, based on the analysis of the legal texts and settled juridical situations, functional solutions to the legal regime of the clauses deemed unwritten as well as to certain particular aspects of the legal regime of the invalidity.*

Keywords: *nullity, unwritten clause, contract, civil code.*

Cuvinte cheie: *nulitate, clauză nescrisă, contract, cod civil.*

1. Reglementarea nulității. Unele considerații privitoare la distincția dintre nulitatea relativă și nulitatea absolută. Natura juridică a acțiunii în nulitate.

Conform art. 1.246 din noul Cod civil orice contract încheiat cu încălcarea condițiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este supus nulității, dacă prin lege nu se prevede o altă sancțiune. Nulitatea reprezintă astfel regula în materie de sancțiuni aplicabile pentru nerespectarea condițiilor de valabilitate, regimul său juridic fiind unul imperativ (al. 4).

Principala distincție reținută de către legiuitor în materie de nulități o reprezintă distincția dintre nulitatea relativă și cea absolută (art. 1246 al. 2), distincția de regim juridic fiind reglementată la art. 1247 – 1251. Reglementarea urmează în

principiu regimul juridic al nulităților creionat de către doctrina română civilă în ultima jumătate de secol, regim de inspirație juridică franceză².

În reglementarea noului cod este nul contractul încheiat cu încălcarea unei dispoziții legale instituite pentru ocrotirea unui interes general (art. 1247 al. 1), respectiv este anulabil contractul încheiat cu încălcarea unei dispoziții legale instituite pentru ocrotirea unui interes particular.

Un element de noutate este adus de art. 1.252: în cazurile în care natura nulității nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic din lege, contractul este anulabil. Aparent textul legal tranșează chestiunea distincției dintre nulitatea relativă și absolută. Cu toate acestea criteriul oferit, interesul general respectiv interesul particular nu este ferit de multiple posibile interpretări.

Interesul general, privit în opoziție cu interesul particular, este o noțiune polimorfă, fiind asociată în primul rând cu un interes transcendent intereselor particulare, dar poate privi și un interes mai degrabă particular dar cu implicații generale. Legiuitorul a preferat termenul de interes general celui de interes public, deși doctrina și practica judiciară consideră acești termeni de principiu acoperind aceleași realități juridice³. Ne întrebăm dacă nu cumva semnificația acestei alegeri o reprezintă intenția legiuitorului de a sublinia faptul că nulitatea absolută poate interveni și în situații în care interesul ocrotit nu este neapărat unul transcendent, ci doar o sumă de interese particulare distincte.

Protecția interesului general sau public vizează ocrotirea ordinii publice și a bunelor moravuri⁴ astfel încât înțelegerea criteriului de distincție dintre cele două forme principale necesită o analiză, fie și sumară, a noțiunii de ordine publică. Aceasta cuprinde două componente principale, ordinea publică de protecție, menită a ocroti interese particulare și ordinea publică de direcție, menită a ocroti interese care transcend pe cele particulare⁵.

Mai concret, în concepția clasică se poate spune că anumite norme imperative sunt menite să asigure un consimțământ valabil exprimat sub toate aspectele (în sens larg) astfel încât sancțiunea nulității intervine pentru a asigura această libertate, adică în sprijinul autonomiei de voință, nulitatea fiind de principiu relativă.

Prin opoziție, în alte situații, deși manifestarea de voință este liber și clar exprimată, nulitatea intervine ca sancțiune în numele unor valori apreciate ca superioare față de voința contractanților, sancțiunea nulității operând în numele acestor valori împotriva autonomiei de voință. Aceasta este situația clasică a nulității absolute.

Doctrina și jurisprudența franceză, care fac în prezent distincția dintre nulitatea relativă și cea absolută pe baza aceluiași criteriu, rămân în principiu atașate acestei viziuni⁶: dacă este vorba de o nulitate de protecție menită să protejeze autonomia de voință avem de a face cu o nulitate relativă, iar dacă măsura protejează un interes general, independent de voința contractanților ne aflăm în prezența unei nulități absolute.

Însă chiar și această dezvoltare a conceptelor se poate dovedi insuficientă în anumite situații susceptibile de diferite calificări care pot ridica probleme în practica judiciară. Pe de o parte când nulitatea de protecție vizează ocrotirea intereselor unui terț, cum este cazul dreptului de preemțiune, avem de a face cu o nulitate, în principiu relativă, dar cu toate acestea nu protejează autonomia de voință a părților. Pe de altă parte, adesea nulitatea care servește protecției unui contractant are de asemenea menirea și de a ocroti un interes general. Așa cum s-a arătat în doctrină⁷, inserarea cauzei actului în ordinea juridică oglindește poate cel mai sugestiv ideea că este imposibil de separat net interesul public de cel privat, că cel din urmă, oricât de individual și particular ar fi, trebuie să nu contravină celorlalți, adică ordinii juridice.

De exemplu în cazul protecției consumatorilor ocrotirea intereselor părții slabe din contract are și o componentă de interes general care rezultă din posibilitatea oferită asociațiilor de protecție a consumatorilor de a formula acțiuni vizând eliminarea anumitor clauze din contract. De asemenea în cazul împrumutului cu dobândă civil, limitarea cuantumului dobânzii, măsură de protecție a împrumutatului, are și o componentă de interes general sprijinind politica economică a statului, clauza fiind nulă de drept (art. 5 al Ordonanței nr. 13/2011). Și în ceea ce privește unele măsuri din domeniul concurenței, deși vizează în principal protejarea consumatorilor finali, au și o indiscutabilă componentă de ordine publică de direcție vizând asigurarea liberului acces pe piața produselor și serviciilor (art. 5 și 6 raportate la art. 49 din Legea nr. 21/1996).

Art. 66 din noul Cod civil sancționează cu nulitate absolută orice acte care conferă valori patrimoniale corpului uman, cu excepția situațiilor expres prevăzute de lege. Nulitatea vizează cu precădere un interes considerat general, ocrotirea corpului uman, și nu interesul particular al individului în cauză⁸.

Nulitatea vizând ordinea publică de organizare a profesiilor liberale (cu titlu de exemplu art. 1 al. 3 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea profesiei de avocat, republicată, sau art. 3 al. 5 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și activității notariale republicată) deși la prima vedere protejează interesele unor organizații profesionale, în realitate prin intermediul acestor sancțiuni se urmărește preponderent ocrotirea unui interes general, acela de a asigura publicul împotriva incapacității sau imoralității persoanelor care o exercită⁹. Adesea se urmărește și asigurarea unui serviciu de utilitate publică prin intermediul profesiilor respective¹⁰.

Se poate concluziona astfel că nu întotdeauna o nulitate care vizează ordinea publică de protecție este relativă, prin excepție ea putând fi și absolută. La nivel teoretic s-a propus și un sistem de nulități mixte, în funcție de elementul preponderent în situația concretă: cel care vizează interesul general sau cel care vizează interesul particular¹¹. Adică în concret, deși ca regulă nulitatea este fie

relativă, fie absolută, prin excepție, dacă la un caz particular devine preponderent un interes general, respectiv unul particular, prin excepție nulitatea să fie absolută, respectiv relativă. Cu toate acestea nu credem că o astfel de interpretare concretuală, în funcție de cazul particular dedus judecății, este compatibilă cu tradițiile dreptului nostru și nici cu reglementarea din noul Cod civil.

De principiu legiuitorul a urmărit în cuprinsul codului să utilizeze termenul de anulabil atunci când sancțiunea urmărită a fost nulitatea relativă (art. 1248 C. Civ. sau, cu titlu de exemplu art. 211 al. 2 sau art. 297 din C.civ.), respectiv constatarea nulității atunci când s-a urmărit nulitatea absolută (art. 1247 C.civ. sau cu titlu de exemplu art. 306 C.civ., care se referă la ambele acțiuni). Cu toate acestea legislația secundară și mai ales legislația anterioară Codului nu respectă întrutotul această rigoare¹². Prin urmare în interpretarea textului de lege credem că ar trebui dată prioritate principiului, însă numai ca excepție, în caz de îndoială de interpretare. În acest sens sunt și pozițiile exprimate în doctrină¹³.

Un bun exemplu de analiză îl reprezintă problema nulității în cazul unui contract ce urmărește fraudarea intereselor unui terț. Tradițional în dreptul nostru sancțiunea aplicabilă pentru această situație a fost considerată în general a fi nulitatea absolută. Și raportat la noua reglementare unii autori¹⁴ opinează că sancțiunea potrivită rămâne cea a nulității absolute. Imperativele nu sunt numai de ordine publică de protecție a unui terț, ci vizează și un plan general, un imperativ de rigoare morală, de protejare a societății față de încălcarea unor reguli ale moralei sociale considerate fundamentale pentru însăși ordinea unei societăți¹⁵. Și noul Cod civil, rămas fidel acestei viziuni, sancționează cu nulitatea absolută contractul fondat pe o cauză imorală (art. 1238 al. 2). Cu toate acestea, ceea ce este imoral pentru o societate este un concept fluid, supus evoluției¹⁶, motiv pentru care și jurisprudența privitoare la nulitatea unui contract pentru cauză imorală este prin natura sa evolutivă¹⁷.

Ca o ilustrare cu privire la subiectul de analiză, printr-o decizie din 30.01.2007, Casația franceză¹⁸ a considerat că un contract de editare încheiat fără consimțământul autorului de către fiul acestuia este lovit de nulitate relativă și nu de nulitate absolută cum a considerat Curtea de Apel (discuția prezenta interes deoarece nulitatea relativă era prescrisă în speță). Raționamentul a fost că nulitatea protejează doar interesele patrimoniale ale autorului, și este prin urmare relativă, chiar dacă contractul este încheiat în scopul fraudării intereselor unui terț.

Și în materie de drept de preemțiune legiuitorul stabilește ca sancțiune uneori nulitatea relativă (în Legea nr. 10/2001 sau Legea Arhivelor naționale), alteori nulitatea absolută (dreptul de preemțiune al Statului în domeniul silvic sau al monumentelor istorice).

Cu toate că este incontestabil că nulitatea are un regim juridic diferit în funcție de caracterul absolut sau relativ al acesteia, acțiunea în nulitate nu credem că trebuie abordată distinct ca fiind două forme ireconciliabile de acțiune. Chiar dacă nulitatea absolută se constată eventual din oficiu iar nulitatea relativă se pronunță numai la cerere, în realitate nu avem de a face cu o acțiune în constatare propriu-zisă, în sensul art. 111 C.pr.civ.¹⁹ (art. 35 C.pr.civ. nou), ci mai degrabă cu o diferență semantică menită să sublinieze diferența de regim juridic dintre cele două acțiuni²⁰. Prin urmare apreciem incorectă o soluție de genul respingerea unei acțiuni în nulitate pentru faptul că nu a fost calificată ca absolută sau relativă sau respingerea pentru că a fost calificată ca o acțiune în anulare, deși în opinia instanței ar fi vorba de o nulitate absolută, în realitate fiind vorba de o singură acțiune, cu regim juridic diferit în funcție de forma de nulitate la care se încadrează, efectele nulității fiind de principii identice.

2. Clauzele nescrise, formă a nulității (parțiale), formă a clauzei inexistente sau regim juridic distinct?

Un bun exemplu în acest sens este problema distincției dintre nulitatea absolută/relativă și clauzele nescrise, instituție inițial consacrată în dreptul nostru în materia protecției consumatorului.

Spre deosebire de nulitate, clauzele nescrise nu au un regim juridic clar definit. Din dispozițiile art. 1255 al. 3 ar rezulta faptul că aceste clauze sunt, la fel ca și clauzele nule, contrare unor dispoziții legale imperative, dar ar opera, cel puțin aparent, ca o sancțiune distinctă. Din textul legal ar rezulta că în privința clauzelor nescrise se aplică același regim juridic ca și cel al clauzelor nule în ceea ce privește completarea contractului în caz de ineficacitate a clauzelor.

Clauzele nescrise au fost reglementate în dreptul intern pentru prima dată în materie de protecție a consumatorului, prin legea privind combaterea clauzelor abuzive în raporturile dintre profesioniști și consumatori²¹. Fiind un import în dreptul intern, pe filieră comunitară, majoritatea autorilor au optat că această instituție reprezintă de fapt o variantă a nulității, fiind preferată sancțiunea nulității absolute²². În sprijinul acestei opinii vine și faptul că prin art. 12 al. 3 din Legea nr. 193/2000 se prevede dreptul la acțiune al asociațiilor de consumatori în vederea impunerii modificării contractului de către profesionist. Într-o altă opinie această sancțiune, specifică dreptului consumului, ar diferi de nulitate prin aceea că nu afectează valabilitatea contractului în ansamblul său ci doar atrage automat înlocuirea clauzei cu prevederile dreptului comun, poziția reclamantului fiind mai facilă și în plan probator unde nu trebuie decât să invoce caracterul abuziv al clauzei nu și lipsa unui element contractual esențial (lipsa cauzei)²³.

Aceasta a fost și viziunea în dreptul francez, unde de asemenea noțiunea de clauză nescrisă a pătruns în dreptul intern sub influența legislației comunitare în materie de protecție a consumatorului. În ultima parte a sec. XX în aplicarea unor dispoziții legale similare, jurisprudența franceză considera că o clauză contractuală poate fi declarată „nulă și nescrisă” în măsura în care era apreciată ca fiind abuzivă²⁴. Adesea jurisprudența franceză, atunci când a analizat o clauză cu un caracter vădit dezechilibrat în raporturile dintre părți, adică abuziv, au apreciat că avem de a face cu o clauză al cărei obiect este unul ilicit²⁵.

Legiuitorul român în cuprinsul noului Cod civil a extins această sancțiune la o serie de alte situații, fără a structura și un regim juridic neîndoielnic, expres reglementat, pentru aplicarea sancțiunii. Prin urmare unii autori au apreciat că ar fi vorba doar de utilizarea unui termen desuet pentru a numi o formă a nulității²⁶. Pentru alții ar fi vorba practic de o nulitate absolută și parțială care însă operează de drept²⁷. În alte opinii, ce e drept nu formulate neapărat la nivel de principiu, se apreciază, pe de o parte, că în situația clauzelor nescrise nu trebuie constatată sau pronunțată nulitatea²⁸, iar pe de altă parte se reține faptul că au o natură comună și efecte practic identice²⁹.

Analizând textele care reglementează clauzele nescrise putem remarca aplicarea acestora în variate domenii, dincolo de situația clasică a protecției unei părți mai slabe de la funcționarea persoanei juridice (art. 218 al. 3) până la raporturi între profesioniști (art. 2094) și protecția unui regim juridic de ordine publică de direcție (art. 1246 al. 4). Prin urmare ar fi credem exagerat să considerăm că avem de a face cu o singură categorie de clauze care ar putea fi afectate de această sancțiune (cum în reglementarea anterioară erau vizate de principiu doar sancționarea clauzelor abuzive).

Într-o încercare de sinteză a cazurilor reglementate de Codul civil, menită să formeze o perspectivă în încercarea de a creiona un regim juridic specific pentru această sancțiune, pot fi identificate următoarele categorii principale de clauze pentru care legiuitorul a optat pentru aplicarea sancțiunii de „nescrisă”:

1. Sancțiunea apare în diferite ipostaze ale reglementării regimului persoanelor juridice. La art. 218 (3) se prevede că toate clauzele sau dispozițiile actului de constituire ori ale statutului, precum și hotărârile organelor statutare ale persoanei juridice care limitează sau largesc puterile conferite exclusiv de lege acestor organe sunt considerate nescrise, chiar dacă au fost publicate. Fără îndoială interesul ocrotit este unul general, vizând funcționarea acestor subiecte de drept în raporturile cu terții sau cu fondatorii, dincolo de protejarea eventuală și a interesului particular al persoanei juridice. Invocarea acestei sancțiuni poate fi făcută de orice persoană interesată, chiar străină de persoana juridică, deoarece numai față de terți, de principiu, opozabilitatea se realizează prin publicare în

registrul corespunzător³⁰, față de asociați/acționari/membri și organele de conducere (administratori/președinte), producând efecte în principiu direct hotărârile organelor deliberative ale persoanei juridice.

Dacă analizăm art. 1932, în materia contractului de societate, rezultă pe de o parte o diferențiere tranșantă față de nulitate făcută de legiuitor, iar pe de altă parte o răsturnare a regulii de la 1255 în această materie, clauza nescrisă fiind regula și nulitatea expresă excepția în această materie specială. Conform textului de lege nulitatea societății poate rezulta exclusiv din încălcarea dispozițiilor imperative ale capitolului referitor la societate, stipulate sub sancțiunea nulității, sau din nesocotirea condițiilor generale de validitate a contractelor, dacă legea specială nu prevede altfel, iar orice clauză contractuală contrară unei dispoziții imperative din respectivul capitol a cărei încălcare nu este sancționată cu nulitatea se consideră a fi nescrisă. Putem conchide faptul că în viziunea legiuitorului cele două sancțiuni ar trebui să difere ca regim juridic, clauza nescrisă nefiind o simplă formă a nulității parțiale, în caz contrar fiind lipsită de semnificație schimbarea regulii în acest caz particular.

Cum reglementarea contractului de societate reprezintă dreptul comun în materia societăților (art. 1887), iar societatea poate fi constituită și cu personalitate juridică (art. 1881 al. 3), putem conchide că legiuitorul a dorit și în materia specială a formelor de asociere cele mai răspândite, similar cu reglementarea analizată anterior în materie de persoane juridice în general, să pună la dispoziția celor interesați (asociați fondatori, noi asociați, terți interesați, autorități) o sancțiune funcțional mai potrivită pentru viața societății.

2. Sancțiunea se aplică și unor situații de evident interes general, vizând protecția unor reguli fundamentale ale dreptului civil. Conform art. 1246 al. (4) sunt considerate nescrise clauzele sau chiar convențiile accesorii prin care părțile ar institui sau suprima cauze de nulitate. Interesant ne apare faptul că poate fi considerată ca nescrisă chiar o întregă convenție, în măsura în care obiectul său îl constituie modificarea regimului juridic al nulității în raporturile dintre părți.

O reflecție interesantă ne permite art. 1402, conform căruia condiția imposibilă, contrară legii sau bunelor moravuri este considerată nescrisă, iar dacă este însăși cauza contractului, atrage nulitatea absolută a acestuia. Deși în esență nu diferă fundamental față de vechea reglementare (art. 1008 C.civ. 1864), legiuitorul pare să ne îndemne să ignorăm din cuprinsul contractului clauza care cuprinde o condiție imposibilă, contrară legii sau bunelor moravuri. Cu toate acestea, dacă aceea condiție are caracter esențial survine nulitatea absolută a contractului. Aparent, înseamnă că avem de a face cu o nulitate absolută parțială, iar interesul ocrotit este unul general, similar cu nulitățile reglementate de art. 11 din cod³¹. Acest text conține și o prevedere expresă în sensul că, prin excepție, atunci când

clauza sancționată de lege ca fiind nescrisă constituie un motiv esențial pentru încheierea contractului, poate atrage desființarea (nulitatea) acestuia, fapt care ne permite să concluzionăm că prin această sancțiune legiuitorul nu consideră clauza pur și simplu inexistentă, ci ea poate în anumite condiții afecta chiar valabilitatea întregului contract.

3. În cea mai mare parte însă, reglementarea clauzelor nescrise vizează protecția unor interese preponderent particulare. Se întâlnesc la protecția unei părți mai slabe în contract precum agentul în contractul de agenție (art. 2094), chiriașul în contractul de locațiune (art. 1825, 1826), clientul în contractul de depozit bancar (art. 2192 al. 3) expeditorul în contractul de transport (art. 1995) întreținutul în contractul de întreținere (art. 2257 al. 5) sau cumpărătorul când invocă garanția pentru evicțiune (art. 1699), la protecția celui aflat sub ocrotire (art. 154), la protecția relațiilor de familie (art. 267 al. 3, 325 al. 3), sau în materie de succesiuni (art. 1009, 1138, 1151) și până la prevederi din regimul general al contractului (denunțarea unilaterală, art. 1277, rezoluțiunea, art. 1551). Sancționarea clauzei ca nescrisă urmărește mai degrabă să asigure un echilibru între părți, să creioneze o limitare a libertății contractuale, considerând, în variate contexte, că există drepturi la care o parte nu poate să renunțe (ex. Art. 19 al. 3³²).

Din această scurtă enumerare a clauzelor considerate de legiuitor ca nescrise rezultă că ele acoperă un câmp larg de situații juridice, ceea ce ar putea genera dificultăți în conturarea unui regim juridic unitar pentru aceste clauze.

În tăcerea legiuitorului, analiza textelor legale și a funcțiilor urmărite prin intermediul sancțiunii "clauză nescrisă" ne determină să reținem următoarele concluzii:

Sancțiunea de a considera o clauză ca fiind nescrisă este una expresă, vizând anumite situații în care sunt încălcate norme imperative, ordinea publică sau bunele moravuri. Ca principiu clauza nescrisă reprezintă o excepție, regula fiind nulitatea (art. 1255 al. 1), fiind astfel exclusă o categorie a „clauzelor nescrise virtuale”. Chiar și în materia contractului de societate, unde, prin excepție, clauza nescrisă este regula și nulitatea excepție, vorbim în realitate tot despre o reglementare expresă a sancțiunii, stabilită însă la nivel de principiu.

În reglementarea anterioară Codului civil clauza nescrisă era privită mai degrabă ca o formă a nulității absolute parțiale, unii autori optând și în prezent pentru o astfel de calificare, cu precizarea că această formă a nulității ar opera de drept³³.

Dacă judecăm însă problema din unghiul interesului protejat, în mai multe situații sancțiunea reprezintă o măsură de protecție a părții mai slabe sau dezavantajate din contract, chiar dacă aplicarea sa există și în domenii în care interesul ocrotit este unul general. Drept consecință, dacă am considera sancțiunea „nescrisă” ca o variantă a nulității, conform regulii de principiu stabilite de noul cod, art. 1248 și 1252,

nulitatea care ar trebui să opereze pentru aceste situații ar fi una relativă și nu una absolută. Ar putea fi imaginat și un regim juridic neunitar al clauzelor nescrise, forma de nulitate să fie apreciată în concret, în funcție de interesul juridic încălcat în cauză, dar scopul urmărit prin instituirea sancțiunii de „nescrisă” pentru o clauză este puțin compatibil cu regimul nulității relative, în special în ceea ce privește prescriptibilitatea și facultatea de confirmare.

Dacă s-ar considera că o clauză nescrisă ar reprezenta o formă de nulitate, aceasta ar trebui de principiu constatată sau pronunțată de către Instanță sau prin acordul părților (art. 1246 al. 3). În funcție de încadrarea sa ca o formă de nulitate relativă sau absolută diferă regimul juridic în ceea ce privește persoana care poate invoca nulitatea sau regimul prescripției.

Însă, atât din formularea textelor, cât și din situațiile pe care le vizează se poate trage concluzia că legiuitorul a urmărit crearea unui regim juridic distinct pentru clauzele nescrise și nu o simplă formă particulară de nulitate parțială. Atât din textul art. 1255, cât și din alte dispoziții legale, precum art. 1932 rezultă o separare netă între clauzele afectate de nulitate și cele considerate de lege ca nescrise. Chiar dacă o clauză nescrisă esențială pentru contract poate uneori să atragă nulitatea absolută a întregului contract (art. 1402), în majoritatea situațiilor contractul păstrează rațiunea de a fi și poate fi executat și cu înlăturarea/ignorarea acestor clauze.

Privind în ansamblu situațiile diverse în care legiuitorul apelează la sancțiunea caracterului nescris al clauzei se poate susține că în fapt s-a urmărit ca părțile și, uneori, terții, să poată utiliza actul juridic fără aceea clauză și fără a fi nevoie să fie parcursă procedura de anulare/constatare a nulității, judiciară sau amiabilă. Nu credem că soluția propusă de unii autori, a nulității de drept³⁴ ar fi una corectă, deoarece o nulitate care nu ar trebui nici constatată/pronunțată de către instanță și nici declarată amiabil de către părți ar fi în contradicție cu textul art. 1246 al. 3, coroborat cu al. 4, care nu lasă loc pentru o a treia soluție.

Spre exemplu pare ca legiuitorul să fi dorit ca persoana interesată să poată invoca în favoarea sa dispozițiile legale privitoare la reprezentarea persoanei juridice, peste prevederile statutare contrare dispozițiilor legale imperative, chiar dacă acestea au fost publicate. În măsura în care ele ar fi declarate nule, în urma unei proceduri judiciare, ar fi lipsită de efecte, în principiu automat, și publicitatea realizată prin publicare. Astfel apreciem că în realitate o clauză considerată de lege nescrisă, spre deosebire de o clauză nulă sau anulabilă, nu s-ar bucura de prezumția de valabilitate până la pronunțarea instanței sau declararea amiabilă.

Pare mai apropiat de scopul urmărit de legiuitor crearea unui regim juridic distinct, mai suplu, pentru situația clauzelor nescrise. Nulitatea este de principiu una judiciară sau care poate opera prin voința comună a părților. Regimul clauzelor

nescrise ar putea fi creionat fără intervenția obligatorie a instanței, o astfel de clauză fiind lipsită de efecte *a priori*, chiar și fără o hotărâre judecătorească în acest sens.

Cu toate acestea o clauză nescrisă nu reprezintă o clauză inexistentă pur și simplu sau care poate fi total ignorată, deoarece poate atrage nulitatea întregului contract atunci când este esențială (ex. art. 1402 C.civ.). De altfel în tradiția dreptului român actul/clauza inexistentă au fost privite întotdeauna cu mare rezervă, utilitatea unei astfel de construcții juridice fiind cel mai adesea contestată³⁵. Unul din argumentele centrale pentru repudierea noțiunii de act inexistent a fost tocmai faptul că ar fi în contradicție cu concepția modernă despre nulitate, în care primează salvarea efectelor manifestării de voință, în măsura în care acestea nu contravin normelor imperative. Iar clauza nescrisă, ca principiu, afectează doar parțial efectele actului așa cum le-au dorit părțile, astfel încât ar apărea o contradicție între funcțiile acesteia și conceptul de act inexistent.

Ar mai putea fi adăugat faptul că la nivel de principiu actul inexistent a fost asociat cu lipsa vădită a unor elemente structurale raportat la care nici nu s-ar putea presupune că actul există, spre deosebire de actul nul, care formal, aparent îndeplinește condițiile esențiale de existență, însă încalcă norme de drept de o manieră care îi afectează valabilitatea³⁶. Și clauzele, reputele de lege ca nescrise, cuprind elementele structurale ale unei clauze contractuale, izvorăsc în principiu dintr-un acord de voințe printr-un consimțământ valabil exprimat, doar că datorită conținutului lor legea le consideră ineficace.

Nici noul Cod civil nu consacră noțiunea de act/clauză inexistentă și nici nu consacră, nici măcar indirect, un regim juridic distinct față de nulitate pentru eventuale situații de acest fel. Drept urmare asocierea clauzei nescrise cu noțiunea de clauză inexistentă, dincolo de faptul că în opinia noastră nu ar fi riguros corectă juridic, nu ar oferi un regim juridic predictibil și nici măcar tradiții care să poată fi utilizate ca reper. De aceea opinăm că regimul juridic al clauzelor reputele ca nescrise nu trebuie asociat nici cu o nulitate de drept, contrară în opinia noastră textelor noului Cod civil, și nici unei clauze inexistente, contrară fundamentelor și tradițiilor dreptului nostru. Va reveni doctrinei și practicii judiciare viitoare sarcina de a creiona reperele acestui regim juridic distinct, ca o eventuală clauză de ineficacitate parțială distinctă.

În încercarea de a oferi câteva sugestii în acest sens am încercat să selectăm câteva probleme cu rezonanță practică în legătură cu regimul juridic al clauzelor reputele ca nescrise.

Vor apărea situații în care părțile sau terți interesați să fie în divergență cu privire la o anumită clauză, în ce măsură aceasta poate fi considerată sau nu ca

fiind nescrisă. Și atunci, în lipsa unei reglementări exprese, se ridică întrebarea, dacă acceptăm că nu operează prezumția de valabilitate în cazul clauzelor nescrise, cât de largă este sfera autorităților sau eventual a persoanelor interesate care pot hotărî inaplicabilitatea clauzei și înlocuirea acesteia de drept cu dispozițiile legale incidente.

Poate spre exemplu registratorul de Carte funciară sau directorul Oficiului Registrului Comerțului să aprecieze că este clauza nescrisă și să o înlocuiască *de drept* cu dispozițiile legale incidente? Sau ar putea o persoană desemnată să conducă Adunarea generală a unei persoane juridice să aprecieze ca nescrisă o prevedere Statutară și să ignore aplicarea ei?

Cu siguranță orice răspuns s-ar formula ar fi susceptibil de critici. În opinia noastră interpretarea textelor de lege ar trebui făcută în sensul că ar trebui permis și altor autorități sau persoane să se prevaleze direct de caracterul nescris al clauzei. Astfel în situația unei condiții rezolutorii imposibile sau vădit contrară legii sau bunelor moravuri ar putea registratorul de Carte Funciară să refuze înscrierea dreptului în Cartea funciară sub o astfel de condiție (conform art. 882 C.civ.), partea interesată fiind îndreptățită să conteste încheierea cu o plângere³⁷.

Sau în situația unui act constitutiv înregistrat care limitează puterile conferite de lege organului de reprezentare sau conferă altei persoane atribuții de reprezentare permanentă contrar dispozițiilor legale, dacă consecutiv, în îndeplinirea acestor atribuții în baza actului constitutiv înregistrat se ia o decizie de modificare a unui element esențial al persoanei juridice – ex. sediu ar trebui permis directorului registrului comerțului sau judecătorul cu atribuții privitor la asociații și fundații să considere din oficiu clauza din actul constitutiv nescrisă, în baza art. 218 al. 3 C.civ. și să respingă cererea. Sau ar putea notarul să refuze încheierea și registratorul de Carte Funciară să refuze notarea unui anteccontract încheiat de un reprezentant al persoanei juridice numit cu încălcarea art. 218 al. 3, pentru că este o clauză nescrisă aceea care a conferit o astfel de atribuție.

Un astfel de regim juridic ar fi, în opinia noastră, mai apropiat de scopul ce poate fi dedus din denumirea de „nescrisă”, acela de a înlătura efectele lor încă înainte de executare și ar permite blocarea introducerii în circuitul civil a unor acte sau producerii unor efecte susceptibile ulterior de desființare.

Și autorii care susțin că regimul juridic al clauzelor repurtate ca nescrise este cel al unor nulități de plin drept³⁸ înclină să aprecieze, poate cu nuanțe diferite, că un regim juridic precum cel descris mai sus ar fi potrivit clauzelor nescrise. Prin urmare diferența de opinie nu vizează regimul juridic al acestor clauze, ca principiu, ci, mai degrabă, construcția juridică care le definește. Opțiunea subsemnatului pentru catalogarea clauzelor repurtate ca nescrise ca o formă distinctă de ineficacitate

parțială a actului juridic, vizează și evitarea oricăror confuzii ce ar putea fi generate de asocierea cu regimul nulității.

Pentru că, și în opinia noastră, invocarea caracterului nescris al unei clauze ar trebui să fie imprescriptibil și la îndemâna oricărei părți interesate. În măsura în care însă s-ar trata sancțiunea ca o formă de nulitate, fie ea și de drept, iar interesul ocrotit ar fi unul particular, ar fi vorba, în opinia autorului de o nulitate relativă de drept, susceptibilă de confirmare³⁹. Numai că apreciem ca dificil de convins în practică, în cazul unui litigiu, că deși nulitatea este relativă, și susceptibilă de confirmare⁴⁰, totuși nu îi sunt aplicabile dispozițiile art. 1249 al. 2 în materie de prescripție sau art. 1248 în materia invocării nulității, deși legea nu distinge.

Mai mult, dacă acceptăm ideea unei clauze nescrise susceptibile de confirmare, apreciem ca insurmontabil practic ca o autoritate sau un terț să considere că nu produce efecte clauza ci dispozițiile legale imperative, pentru că ar plana riscul ca aceea clauză să fie eventual confirmată de partea îndreptățită. În plus ar putea uneori fi susținute opinii diferite cu privire la natura interesului ocrotit la o clauză concretă, astfel încât consecința practică să fie ca autoritățile să evite a mai lua în considerare caracterul nescris al clauzei, cu argumentul că mai întâi o instanță trebuie să analizeze dacă aceea clauză este sau nu susceptibilă de confirmare.

Sigur, așa cum am arătat, în tăcerea legii poate fi construit și un sistem neunitar al clauzelor nescrise, în funcție de interesul ocrotit și de situația reglementată, însă apreciem că într-o astfel de situație sancțiunea de clauză reputată ca nescrisă va ajunge să își piardă autonomia, să fie atașată unei forme particulare de nulitate parțială, pierzându-se șansa conturării unui regim juridic distinct.

3. Alături de clauzele reputate de lege ca nescrise legiuitorul a mai prevăzut, pentru o altă categorie de clauze, o sancțiune aparent distinctă, aceea că nu produc efecte, decât în anumite condiții speciale.

La art. 993, în materie de liberalități, se prevede că dispoziția prin care o persoană, denumită instituit, este însărcinată să administreze bunul sau bunurile care constituie obiectul liberalității și să le transmită unui terț, denumit substituit, desemnat de dispunător, nu produce efecte decât în cazul în care este permisă de lege. În materie de reprezentare art. 1.301 prevede că împuternicirea nu produce efecte decât dacă este dată cu respectarea formelor cerute de lege pentru încheierea valabilă a contractului pe care reprezentantul urmează să îl încheie. În ambele situații lipsirea de efecte este justificată de un interes preponderent general, prohibirea substituțiilor fideicomisare, respectiv respectarea principiului simetriei formelor în materie de reprezentare la încheierea unui act juridic.

În schimb, în cazul clauzelor standard propuse de către una dintre părți, precum cele care prevăd în folosul celui care le propune limitarea răspunderii, dreptul de a denunța unilateral contractul, de a suspenda executarea obligațiilor sau care prevăd în detrimentul celeilalte părți decăderea din drepturi ori din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepții, restrângerea libertății de a contracta cu alte persoane, reînnoirea tacită a contractului, legea aplicabilă, clauze compromisorii sau prin care se derogă de la normele privitoare la competența instanțelor judecătorești cu privire la care art. 1203 C.civ. prevede că nu produc efecte decât dacă sunt acceptate, în mod expres, în scris, de cealaltă parte, avem de a face cu ocrotirea unui interes preponderent particular, al celeilalte părți.

Ca un aspect practic se poate ridica problema dacă acceptarea scrisă expresă a celeilalte părți trebuie exprimată punctual, printr-o semnătură distinctă la fiecare clauză sau este suficient să fie însoțită printr-o semnătură la finalul contractului. Apreciem această din urmă variantă fiind corectă, clauzele de acest fel urmând a fi lipsite de efecte în ipoteza în care nu sunt cuprinse direct în înscrisul constatator al acordului de voințe ci în condițiile generale ale părții care le-a propus, sau alte documente anexă, la care face indirect referire înscrisul constatator.

Nu putem să nu ne întrebăm în ce măsură era nevoie în noua reglementare de o formulare care creează aparența unei alte sancțiuni, aceea de "clauză care nu produce efecte". Situațiile vizate sunt unele particulare, fără legătură între ele. Dacă nerespectarea simetriei formelor lipsește practic de orice efect împuternicirea, liberalitatea de principiu produce efecte fără clauza respectivă, iar neacceptarea expresă a clauzelor standard duce la înlocuirea lor cu dispozițiile legale aplicabile. Și atunci ne aflăm în prezența unor clauze nescrise, a unor forme particulare de nulitate sau a unei sancțiuni distincte?

În cazul împuternicirii s-ar putea spune că lipsirea de efecte vizează mandatul în întregul său și nu doar o clauză, însă art. 1246 al. 4 C.civ. prevede expres faptul că și o convenție în ansamblul său poate fi considerată ca nescrisă. Se mai poate observa și faptul că în privința clauzelor standard, în măsura în care acestea ar fi acceptate expres ele produc efecte încă de la încheierea contractului, spre deosebire de clauzele nescrise, care sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale incidente⁴¹.

Din analiza acestor texte de lege nu putem identifica premisele unui regim juridic particular în cazul acestor situații. Prin urmare apreciem că în realitate în aceste situații "lipsirea de efecte" este rezultatul unei nulități, diferită la fiecare dintre situații. O nulitate absolută și parțială în cazul art. 993 C.civ., o nulitate absolută totală în cazul art. 1301 și o nulitate relativă parțială în situația prevăzută de art. 1203 C.civ..

4. Domeniul de aplicare al excepției de nulitate.

Noua reglementare a nulității actelor juridice tratează expres problema excepției de nulitate. Art. 1247 al. 2 C. Civ. aplicabil nulității absolute prevede posibilitatea invocării acesteia atât pe cale de acțiune cât și pe cale de excepție, iar pentru situația în care actul este afectat de o nulitate relativă, art. 1249 al. 2 C.civ. face referire la posibilitatea invocării nulității relative pe cale de excepție. Regimul juridic al excepției de nulitate este mai favorabil pentru cel care o invocă decât invocarea nulității pe cale de acțiune. Cu titlu de exemplu în cazul excepției de nulitate nu trebuie achitată taxa de timbru raportată la valoarea actului a cărui nulitate se cere, iar excepția de nulitate este imprescriptibilă și în cazul nulității relative, nu numai în cazul nulității absolute⁴².

O decizie a Casației franceze pe tema excepției de nulitate⁴³ ne permite o reflecție asupra câmpului de aplicare al excepției de nulitate. Conform acestei decizii excepția de nulitate poate fi utilizată doar atât timp cât contractul nu a fost executat. Situația de fapt analizată în speță, des întâlnită și în viața noastră juridică actuală, vizează un contract de împrumut bancar, executat pe parcursul a câțiva ani, și declarat scadent ca urmare a falimentului împrumutatului, urmat consecutiv de o acțiune în executarea garanțiilor consimțite de asociații societății împrumutate. Pârâții s-au apărat invocând pe cale de excepție nulitatea contractului de împrumut și implicit, a contractului accesoriu de garanție, însă excepția a fost respinsă ca inadmisibilă, deoarece contractul principal de împrumut fusese deja executat.

Ne-am propus să analizăm în ce măsură o astfel de limitare a câmpului de aplicare al excepției de nulitate operează și în sistemul nulităților reglementate de către noul Cod civil. Lectura art. 1249 al. 2, teza finală „*Cu toate acestea, partea căreia i se cere executarea contractului poate opune oricând nulitatea relativă a contractului, chiar și după împlinirea termenului de prescripție a dreptului la acțiunea în anulare.*”, pare să ne îndrume spre aceeași concluzie, cel puțin în cazul nulității relative. Partea interesată poate ridica excepția doar până la momentul executării contractului. Dar în ce măsură într-o situație, precum cea din speța analizată de Casația franceză, dacă s-ar invoca un dol la încheierea contractului de împrumut bancar spre exemplu, s-ar putea ridica excepția de nulitate a contractului principal și a celui de garanție, în cadrul unei cereri care se solicită executarea garanției, dacă prin ipoteză dolul ar fi descoperit ulterior executării împrumutului. În opinia noastră răspunsul este negativ, într-o astfel de situație partea are la îndemână doar calea acțiunii în anulare nu și pe cea a excepției. Dincolo de litera legii, ca principiu în măsura în care un contract aparent valabil a fost și executat integral, executarea obligațiilor întărește aparența de valabilitate a contractului,

chiar dacă executarea nu valorează confirmare a unui act nul relativ decât în măsura în care cauza de nulitate era cunoscută anterior executării. Situația juridică rezultată în urma executării contractului, cunoscută și respectată ca atare și de către terți, nu ar mai trebui să poată fi desființată decât pe calea unei acțiuni, spre deosebire de situația în care contractul nu a fost însă executat, astfel încât efectele sale sunt încă doar potențiale, iar existența contractului adesea necunoscută terților. Chestiunea poate avea importante implicații practice, în special în ipoteza în care dreptul la acțiune în anularea actului ar fi deja prescris.

Există și situații în care nulitatea relativă a unui act poate fi invocată de către un terț de contract. Într-o astfel de situație, conform art. 2529 al. 2 C. Civ., prescripția dreptului la acțiune începe să curgă de principiu doar de la momentul la care terțul a cunoscut despre cauza de nulitate. Și atunci excepția de nulitate nu ar putea fi invocată de către terț, deoarece ar fi vorba de un mijloc de apărare care poate fi utilizat doar atunci când se cere executarea contractului sau ar trebui acceptată o aplicare mai largă a excepției, situație în care terțului i-ar fi aplicabile mai degrabă regulile din materia nulității absolute.

În cazul nulității absolute textul legal nu conține vreo limitare expresă. Ne întrebăm atunci, în astfel de situații părțile sau terții pot invoca oricând nulitatea absolută a unui act pe cale de excepție? Poate partea să invoce nulitatea unui contract pe cale de excepție după executarea lui⁴⁴ sau poate un terț, spre exemplu un chiriaș, al cărui contract ar fi trebuit să înceteze ca urmare a vânzării bunului, să paralizeze o cerere a cumpărătorului proprietar printr-o excepție de nulitate absolută a unui contract de vânzare deja executat și cu formalitățile de publicitate îndeplinite? Dacă am accepta o astfel de posibilitate, pornind de la o interpretare literară a textului de lege, ar însemna că actul, deși nul absolut, păstrează aparența de valabilitate, efectul hotărârii judecătorești rămânând acela de a paraliza acțiunea reclamantului. Se poate aprecia că regimul nulității reglementat de noul Cod civil mai flexibil, care permite și părților să declare nulitatea, a urmărit să ofere, cel puțin în materie de nulitate absolută, o paletă mai largă de opțiuni celor interesați, pe criterii utilitariste? Sau excepția de nulitate rămâne un mecanism aflat doar la îndemâna părții care încă nu a executat în totalitate obligațiile contractuale?

Considerăm că răspunsul corect la problemă poate fi dat printr-o definiție clară a excepției de nulitate, ca apărare de fond. Pornind de la definiția excepției de către art. 1249 al. 2 C.civ., și de la funcțiile excepției, ca apărare de fond apreciem că răspunsul corect este acela că excepția de nulitate, fie ea relativă sau absolută, poate fi invocată cu precădere de către partea din contract care nu și-a executat obligațiile, cu scopul de a paraliza o cerere de executare a obligațiilor. De asemenea ar mai putea fi imaginate ipoteze în care executarea sau eficacitatea

deplină a actului a cărui nulitate se cere să depindă de conduita unor terți, caz în care terțul poate refuza să aibă aceea conduită invocând excepția de nulitate. Explicația ar consta, în opinia noastră, în faptul că atât timp cât partea care trebuie să execute obligațiile sau terțul care trebuie să respecte situația juridică care se naște din acel act refuză să recunoască validitatea acestuia, împiedicând executarea sau eficacitatea lui, el poate paraliza o acțiune vizând executarea sau opozabilitatea actului care încă nu a generat în sistemul juridic efecte definitive.

În schimb, în ipoteza în care actul deși afectat de nulitate, bucurându-se de prezumția de valabilitate a produs aparent efectele în plan juridic, partea îndreptățită păstrează doar dreptul la acțiune privind constatarea nulității/ nularea actului respectiv.

¹ Materialul a fost prezentat la conferința “Noul Cod civil la un an de la aplicare”, organizată la Arad la 16.11.2012 de către Facultatea de Drept a Universității Babeș – Bolyai din Cluj – Napoca în parteneriat cu Judecătoria Arad, Tribunalul Arad și Baroul Arad.

* Lector dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, avocat Baroul Cluj; sdiaconescu@law.ubbcluj.ro.

² Pentru o prezentare a evoluției istorice a teoriilor privitoare la nulitate în dreptul român L. Pop, *Tratat de drept civil, Obligațiile, vol. II, Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pag. 439 – 442.

³ Cr. Zamșa, în *Codul civil, comentariu pe articole*, ediție coordonată de Fl. A. Baias, Ed. C.H. Beck, București 2012, comentariu la art. 1248, pag. 1307.

⁴ Ar. 11 din noul Cod reia într-un limbaj actualizat formularea art. 5 din vechiul Cod civil, “Nu se poate deroga prin convenții sau acte juridice unilaterale de la legile care interesează ordinea publică sau de la bunele moravuri.”, principiu reluat la art. 1169 unde se subliniază faptul că libertatea contractuală este limitată de lege, ordinea publică și bunele moravuri.

⁵ Pentru amănunte Sandrine Sana-Chaille de Nere, *Juris-Classeur, art. 1304-1314*, fasc.10, pct. 10 – 12, pag. 4.

⁶ *Ibidem*, fasc. 30, pct. 2, pag. 3.

⁷ P. Vasilescu, *Drept civil, Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 415.

⁸ Pentru detalii, L. Pop, *op. cit.*, pag. 375 – 377.

⁹ *Ibidem*, pag. 377.

¹⁰ Pentru detalii privitoare la aspectele legate de profesia de avocat, C.L. Popescu *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților din România*, apărut sub egida UNBR, ed. Lumina Lex, București, 2006.

¹¹ Sandrine Sana-Chaille de Nere, *op. cit.*, fasc. 30, pct. 1, pag. 3.

¹² Adesea pentru a sublinia caracterul absolut al nulității legiuitorului folosește termenul de nulitate de drept, formulare care însă poate crea confuzii, creînd impresia unei nulități automate, nu judiciare.

¹³ G. Boroi în *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 204; Cr. Zamșa, *op. cit.*, pag. 1312, comentariu la art. 1252.

¹⁴ P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 428.

¹⁵ Pentru dezvoltări, L. Pop, *op. cit.*, pag. 383 – 385.

¹⁶ *Ibidem*, pag. 384.

- ¹⁷ Pentru regresul jurisprudențial în Franța în materia nulității pentru cauză imorală Ph. Simler, *Juris-Classeur*, art. 1131-1133, fasc. 30, pct. 19, pag. 7.
- ¹⁸ Sandrine Sana-Chaille de Nere, *op. cit.*, fasc. 30, actualizarea nr. 1/2011, speța 3.
- ¹⁹ În acest sens P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 425.
- ²⁰ G. Boroi *op. cit.*, pag. 204; C. T. Ungureanu, *Dreptul civil. Parte Generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 224.
- ²¹ Legea 193/2000, republicată la 12.08.2012, transpunerea în dreptul intern a Directivei CE nr. 93/13/CEE, art. 6 – clauza nu va produce efecte asupra consumatorului; totuși dacă fără aceste clauze contractul nu poate produce efecte consumatorul poate cere rezilierea contractului.
- ²² I.-F. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române*, nr. 2/2004, pag. 213 - 216 și, de asemenea, în L. Pop, I.F. Popa, I.S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 169.
- ²³ J. Goicovici, *Dreptul consumului*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007, pag. 79 – 80.
- ²⁴ Sandrine Sana-Chaille de Nere, *Juris-Classeur*, art. 1304-1314, fasc.30, pct. 87.
- ²⁵ *Ibidem*, fasc. 30, pct. 39, pag. 10.
- ²⁶ P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 419.
- ²⁷ G. Boroi, *op. cit.*, pag. 201.
- ²⁸ Cr. Zamșa, *op. cit.*, pag. 1306, comentariu la art. 1246.
- ²⁹ *Ibidem*, pag. 1315, comentariu la art. 1255.
- ³⁰ Cum ar fi de exemplu Registrul privitor la asociații și fundații sau Registrul Comerțului.
- ³¹ Nu se poate deroga prin convenții sau acte juridice unilaterale de la legile care interesează ordinea publică sau bunele moravuri.
- ³² Orice renunțare sau restrângere a dreptului de a îndeplini o formalitate de publicitate, precum și orice clauză penală sau altă sancțiune stipulată pentru a împiedica exercitarea acestui drept sunt considerate nescrise.
- ³³ G. Boroi, *op. cit.*, pag. 201.
- ³⁴ Într-un articol, apărut ulterior susținerii prezentului material în cadrul conferinței, M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina Noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în *Dreptul*, nr. 11/2011, pag. 11-39, autorul susține o teorie a nulităților de drept cărora nu le-ar fi aplicabile regulile procedurale ale nulității, fundamentat, în principal, pe opinia autorului referitoare la concepția de principiu despre nulitate în dreptul nostru ar fi depășită, retrogradă și categoric repudiată de reglementarea noului Cod civil- a se vedea în detaliu nota nr. 18. Pe de o parte, în măsura în care se încadrează și nulitățile de plin drept la categoria nulităților, cu formele sale, relativă respectiv absolută, apreciem că ar fi foarte dificil ca în practică o parte să susțină că sancțiunea este o nulitate, dar cu toate acestea nu îi sunt aplicabile regulile de la art. 1246 C.civ., aspect asupra căruia vom reveni într-un alt context. Pe de altă parte nu putem împărtăși opinia autorului în sensul că legiuitorul a înțeles, chiar și anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, să reglementeze expres nulitățile de drept, datorită utilizării sporadice, în câteva reglementări, a termenului sunt nule de drept clauzele..., cum ar fi în materia dobândii legale sau a clauzelor abuzive în raporturile cu consumatorii. Experiența coerenței legiuitorului român în ceea ce privește utilizarea termenilor ne arată, din păcate, faptul că acesta nu excelează prin rigurozitate, astfel încât a trage o concluzie generală dintr-un exemplu marginal poate fi hazardat. Astfel art. 6 din Legea 193/2000, republicată la 12.08.2012, transpunerea în dreptul intern a Directivei CE nr. 93/13/CEE, prevede – clauza nu va produce efecte asupra consumatorului; totuși dacă fără aceste clauze contractul nu poate produce efecte consumatorul poate cere rezilierea contractului, și, cu toate acestea, nu credem că se poate concluziona că legiuitorul a înțeles să pună egalitate între nulitate și reziliere, sau că rezilierea ar fi și altceva decât neexecutarea culpabilă a obligațiilor de către una dintre părți. Iar reglementarea în materia protecției

consumatorului, rezultat al transunerii unei directive, nu a fost considerată ca reper pentru fundamentele nulității nici, în alte sisteme de drept, precum cel francez, deoarece o directivă este adesea un compromis între variate sisteme de drept. În fine argumentul nu ne convinge deoarece nu am întâlnit o practică judiciară structurată care, pornind de la aceste dispoziții legale, să fi structurat un regim juridic al nulităților de drept, distinct de cel al nulității, motivarea limitându-se adesea la “clauza fiind abuzivă sau nulă de drept conform legii, aceasta nu produce efecte”. Nici în noul Cod civil nu se regăsește o reglementare expresă a nulității de drept, distinctă de nulitatea pronunțată de către instanță sau rezultată din acordul părților, cu un regim juridic expres definit.

³⁵ Pentru analize asupra teoriei actelor inexistente, în diferite momente de evoluție a dreptului românesc, D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, pag. 300-302; L. Pop, *op. cit.*, pag. 438-439; P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 418-419.

³⁶ Pentru o dezvoltare în acest sens, M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 29-30.

³⁷ Art. 31 și urm. din Legea nr. 7/1996.

³⁸ În detaliu M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 32-33, și nota 19, detaliu pag. 20.

³⁹ *Ibidem*, pag. 32.

⁴⁰ Pentru opinia conform căreia o clauză reputată ca nescrisă nu poate fi niciodată confirmată, C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea Generală. Persoanele*, ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 246-247.

⁴¹ Pentru opinia, pe care nu o împărtășim, în sensul că și clauzele nescrise pot fi confirmate în măsura în care ocrotesc un interes privat, M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 32 – 33.

⁴² Regula comportă unele excepții, cum ar fi art. 1223 al. 2 C.civ., care prevede prescriptibilitatea excepției de nulitate în cazul leziunii.

⁴³ *Cass., 1e civ., 3 juillet 2001* L'exception de nullité ne peut jouer que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté. Dans le cas contraire, l'exception de nullité est irrecevable. Sur le moyen unique pris en ses deux branches Attendu que par acte du 10 octobre 1988 la Société générale a consenti à la SCI Investir 44 un prêt, garanti par les cautionnements solidaires des époux Leray, Guillet et de MM. Debray et Roy ; que la liquidation judiciaire de la SCI ayant été prononcée le 5 octobre 1994, la banque a assigné en octobre 1995 et janvier 1996 les cautions ; que ces dernières ont fait valoir la nullité de leur engagement en raison du non respect des dispositions de l'article L. 312-10 du Code de la consommation ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Rennes, 24 juin 1999) a condamné les cautions au paiement des sommes restant dues ; Attendu que l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté ; que la cour d'appel ayant constaté que le contrat de prêt avait été exécuté, l'exception de nullité n'était plus recevable ; que par ce motif de pur droit substitué à celui critiqué par le moyen, comme suggéré par le mémoire en défense, l'arrêt se trouve légalement justifié ; PAR CES MOTIFS REJETTE le pourvoi.

⁴⁴ Într-o situație complexă precum cea analizată de către casația franceză.