

## IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN

### CONFIGURAȚII GENERALE ALE DISCERNĂMÂNTULUI ÎN DREPTUL CIVIL ROMÂN

Raluca SZEKELY\*

**Abstract:** *General configurations of the discernement in Romanian civil law. The current paper focuses on a critical analysis of the legal connotations of discernment. Our Civil Code has made a step forward towards embracing this non-legal (i.e., psychological) concept, by explicitly mentioning it throughout its articles. We offer a critical review of these articles, in order to create a general contemporary image of how discernment is defined and understood by the Romanian legislator. Also, we explore which are the main legal consequences associated with this concept.*

*Historically, indirect references to the concept of discernment date back to the Roman period. They can also be found in the old Romanian laws and classical Romanian doctrine. In a historical analysis on this matter we identify the terminological precursors of discernment, as well as the original account of the disputed doctrinary term of "natural incompetence".*

*The final section of the article encompasses a critical overview of the existing doctrine related to discernment. We highlight the importance of fully understanding this concept, as it is embedded in the structure of three fundamental legal concepts: civil competence, consent and delictual responsibility.*

**Cuvinte cheie:** *discernământ, Cod civil, perspective istorice, capacitate de exercițiu, consimțământ, răspundere delictuală*

**Keywords:** *discernment, Civil Code, historical perspectives, civil competence, consent, delictual responsibility*

Profesorul Mircea Mureșan era de părere că practica judiciară exprimă rezultatul unei riguroase munci de analiză și interpretare a normelor de drept. Temeinicia și caracterul științific și veridic al teoriei dreptului civil, considera profesorul Mureșan, poate fi verificată cu acest instrument, practica instanțelor fiind și un valoros izvor de inspirație<sup>1</sup>. Analiza noțiunii de discernământ a fost de-a lungul timpului lăsată în bună parte la aprecierea instanțelor. În lipsa unui cadru legislativ și doctrinar omogen, instanțele au trebuit să utilizeze într-un mod creativ toate resursele disponibile pentru a întocmi actul de justiție...

#### 1. În căutarea unei definiții a discernământului

În vederea conturării unei definiții juridice a discernământului, am încercat să identificăm mai întâi cadrul legislativ relevant. Legislația autohtonă oferă o definiție legală

(generică, s.n.) a discernământului, în Legea nr. 487/2002 republicată. Legea sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice precizează în articolul 5 litera k) ceea ce urmează a se înțelege prin discernământ: „componenta capacității psihice, care se referă la o faptă anume și din care decurge posibilitatea persoanei respective de a aprecia conținutul și consecințele acestei fapte”. Așadar, deducem din această definiție că discernământul se referă la un element de fapt de natură psihologică, care însă este o condiție *sine qua non* în percepția adecvată a unei fapte sau acțiuni. Această definiție este foarte generoasă ca arie de cuprindere, vorbind despre fapte în general și despre o componentă de natură psihică a persoanei. Interesul nostru, însă, este acela de a contura noțiunea de discernământ strict din perspectiva dreptului civil, dată fiind relevanța acesteia și în dreptul penal.

Codul civil în vigoare (Legea nr. 287/2009), deși face numeroase trimiteri la discernământ<sup>2</sup>, aparent, nu oferă o definiție expresă a acestuia. Probabil că legiuitorul, cel puțin în acest caz<sup>3</sup>, a urmat sfatul unui eminent jurist roman: *omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset*<sup>4</sup>. Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului civil a curmat, însă, orice dubiu, oferind în mod indirect o definiție a discernământului. Astfel, art. 211 din lege introduce o clarificare pentru noțiunile de alienație și debilitate mintală. Prin acestea se înțelege o boală/un handicap psihic care determină „incompetența psihică a persoanei de a acționa critic și predictiv privind consecințele social-juridice care pot decurge din exercitarea drepturilor și obligațiilor civile”. *Per a contrario*, din această definiție legală se poate deduce<sup>5</sup> că discernământul sau *competența psihică* se referă la capacitatea persoanei de a-și exercita (în fapt, s.n.) drepturile și obligațiile, analizând și anticipând corect eventualele consecințe care decurg din acțiunile sale. Această definiție nu considerăm că aduce elemente de noutate față de cea enunțată de Legea nr. 287/2002, ci doar particularizează conceptul pentru a servi strict dreptului civil. În ceea ce ne privește, vom căuta să evităm construirea de definiții pentru discernământ, urmărind mai degrabă să conturăm principalele valențe juridice pe care le primește această noțiune de origine psihologică în relație cu diferite instituții de drept privat.

## 2. Discernământul în reglementarea Codului civil în vigoare

În abordarea problematicii discernământului, un prim demers pe care îl considerăm potrivit este acela de a trece în revistă acele articole din Codul civil în care se face apel la discernământ pentru a reglementa diferite materii de drept civil. Scopul acestui „inventar” al Codului este de a identifica principalele articole în care legiuitorul a considerat de cuviință să reglementeze expres aspecte privitoare la discernământ. Vom deduce caracteristicile de natură juridică pe care le dobândește noțiunea de discernământ, analizând formulele alese de legiuitor în acest sens.

Începem inventarul cu unele precizări. În contrast cu vechiul Cod civil, care nu conținea referiri la noțiunea de discernământ<sup>6</sup>, în actualul Cod, noțiunea de discernământ se pare că a fost îmbrățișată de legiuitor. Credem că motivul pentru care în vechea reglementare a Codului civil nu se făceau deloc referiri la discernământ este același cu motivul pentru care doctrina a evitat în mod constant să analizeze conceptul – discernământul excede (în parte,

s.n.) sfera juridicului<sup>7</sup>. Actualul legiuitor, însă, nu doar că a integrat o parte din doctrina existentă până la data elaborării Codului civil, dar a reușit să genereze în anumite materii veritabile efecte juridice atribuite discernământului. Totuși, vom privi critic această decizie a legiuitorului de a acorda atenție unui concept extrajuridic (psihologic), deoarece viziunea sa asupra acestui concept a rămas, în opinia noastră, relativ eterogenă și neclară.

Prima referire expresă la conceptul de discernământ o găsim în art. 68 alin. 2 C. civ., și se referă la interzicerea prelevării de organe, țesuturi și celule de origine umană de la donatori în viață care sunt minori sau cărora le lipsește discernământul. În cazul persoanelor cu discernământul absent, legiuitorul a adăugat și o serie de cauze posibile: handicap mintal, tulburări mintale grave<sup>8</sup> sau alt motiv similar. Așadar, discernământul poate fi afectat de un handicap mintal, o tulburare mintală gravă sau un alt motiv de acest gen.

În comparație cu definiția din legea de punere în aplicare a Codului civil, art. 211, observăm că legiuitorul a ales în art. 68 să nu folosească termenii de alienație/ debilitate mintală și nici pe cei sinonimi, handicap psihic/tulburare psihică. Remarcăm tendința legiuitorului de a utiliza termeni mai puțin degradanți<sup>9</sup>. În acest caz, legiuitorul a adăugat „alte motive similare”, probabil pentru a lărgi aria de cuprindere a interdicției instituite, dar s-a referit în același timp doar la tulburări mintale *grave*, pentru a nu extinde excesiv sfera interdicției. Ne punem, prin urmare, întrebarea: ce se înțelege prin tulburare mintală gravă? Probabil că gravitatea va fi apreciată în fiecare caz nu în funcție de dizabilitate în general, ci în funcție de gradul de afectare a capacității persoanei de a da un consimțământ valabil<sup>10</sup> strict în situația dată. De menționat este și faptul că nu se face niciieri referire la persoane puse sub interdicție judecătorească. Credem că este vorba de aceeași rațiune - de a extinde domeniul de aplicare al articolului în cauză, în fapt, fiind suficientă prezența tulburării mintale<sup>11</sup>.

Găsim, de asemenea, o mențiune expresă în art. 164 C. civ.: „Persoana care nu are *discernământul* necesar pentru a se îngriji de interesele sale, din cauza *alienației* ori *debilității* mintale, va fi pusă sub interdicție judecătorească”. O primă observație este aceea că legiuitorul a revenit la denumirile de alienație și debilitate mintală, fără a se mai ține cont problema terminologică analizată mai sus. În plus, rezultă din acest articol că, în comparație cu art. 68 alin. 2, punerea sub interdicție judecătorească privește doar pe cei alienați sau debili mintal, nu și pe cei cărora le lipsește discernământul din alte motive similare. Chiar dacă există această asimetrie terminologică, considerăm justă alegerea legiuitorului de a restrânge aplicarea interdicției judecătorești. O dată instituită, interdicția afectează o sferă mai largă de decizii relevante din punct de vedere juridic (i.e., nu doar pe cele strict legate de prelevare de organe)<sup>12</sup>.

Tot în materia ocrotirii interzisului judecătorec, art. 172 prevede că sunt anulabile actele juridice încheiate de persoana pusă sub interdicție, chiar dacă aceasta *ar fi avut discernământ* la momentul încheierii lor. Nulitatea relativă în acest caz, fiind o nulitate de protecție a interzisului fondată pe lipsa capacității de exercițiu a acestuia, va putea fi invocată doar de interzis sau reprezentantul său<sup>13</sup>. Observăm că prezumția de absență a discernământului la această categorie de persoane prevalează chiar și în fața eventualelor probe pe care cealaltă parte contractuală le-ar putea aduce pentru a demonstra că persoana respectivă a avut discernământ. Rolul discernământului în acest

caz pare să fie diminuat de prezumția amintită, ceea ce, în opinia noastră, întărește ideea că în plan juridic s-a dorit limitarea relevanței acestui concept psihologic în determinarea valabilității unui act juridic. De altfel, într-o opinie recentă pe marginea acestui articol de lege, s-a argumentat că <<nu starea psihică concretă este sancționată, ci nerespectarea unei condiții legale privind capacitatea>><sup>14</sup>.

O altă mențiune expresă referitoare la discernământ o identificăm în Titlul II, Capitolul IV, Secțiunea a II-a din Codul civil, în materia căsătoriei. Articolul 299, intitulat „Lipsa discernământului”, prevede că este lovită de nulitate relativă „căsătoria încheiată de persoana lipsită vremelnic de discernământ”. Notăm câteva aspecte care reies din această reglementare. În primul rând, observăm că articolul introduce sintagma - persoană căreia îi lipsește temporar discernământul, trimitând la ideea de *incapacitate naturală*, cum a numit-o doctrina clasică<sup>15</sup>. În al doilea rând, se remarcă sancțiunea nulității relative și nu cea a nulității absolute, ca în cazul alienaților și debililor mintali (art. 276 C. civ., s.n.), soluție cel puțin discutabilă<sup>16</sup> în materia căsătoriei. Practic, legiuitorul face o distincție în plan sancționator între alienația și debilitatea mintală din structura interdicției judecătorești și ca stări de fapt, pe de o parte și, pe de altă parte, lipsa discernământului din alte cauze (stări de fapt temporare, s.n.). Facem trimitere în acest sens la art. 276 C. civ., care interzice căsătoria alienatului sau debilului mintal, căreia îi atașează la art. 293 alin. 1 sancțiunea nulității absolute. În acest caz, legiuitorul a dorit de fapt să protejeze cu această sancțiune atât persoanele puse sub interdicție, cât și pe cele alienate/debile mintal nepuse sub interdicție<sup>17</sup>. În practică, acest lucru va facilita soluția instanței de a declara căsătoria ca fiind nulă absolut în conformitate cu art. 293 alin. 1 C. civ., fără a mai conta dacă persoana în cauză a fost sau nu pusă sub interdicție. Considerăm că acesta poate fi un caz în care se acordă unei stări de fapt (alienație/debilitate mintală) de natură să afecteze în primul rând discernământul, ca element structural al consimțământului, o sancțiune acordată în general în prezența unei stări de drept. Soluția are la bază concepția lipsei totale a consimțământului<sup>18</sup>, or, dacă discernământul ar fi afectat din alte cauze (ex. beția, somnambulismul, furia puternică<sup>19</sup>), sancțiunea devine nulitatea relativă (!)<sup>20</sup>.

Art. 301 C. civ. prevede, între altele<sup>21</sup>, că termenul de prescripție pentru a cere anularea căsătoriei pentru lipsa discernământului curge de la data la care cel interesat a cunoscut lipsa vremelnică a discernământului. Atribuirea unui termen de prescripție prezintă importanță în condițiile în care art. 303 alin. 2 prevede posibilitatea de acoperire a nulității relative în cazul în care soții au conviețuit timp de 6 luni de la data descoperirii *lipsei vremelnice a facultăților mintale*<sup>22</sup>. Din nou, rămâne discutabil în ce măsură unei persoane care nu a consimțit în mod valabil la o căsătorie i se poate opune prescripția dreptului de a cere anularea căsătoriei și mai mult, în 6 luni de la descoperirea acestei lipse a discernământului, în caz de conviețuire, căsătoria să devină perfect valabil încheiată. Ne punem problema pe cine doresc aceste texte să ocrotească<sup>23</sup>? În acest sens, de pildă, ne putem imagina o persoană cu o tulburare psihică episodică sau o tulburare de personalitate, care nu ar intra în categoria alienație/debilitate mintală. Aceasta poate să încheie o căsătorie chiar dacă nu și-a exprimat în mod valabil consimțământul la momentul încheierii căsătoriei, iar anulabilitatea acestei căsătorii să fie limitată de termenul de 6 luni de la descoperirea lipsei discernământului. Opinia noastră este că legiuitorul a ales aceste soluții în lumina unei perspective relativ neclare asupra

ceea ce înseamnă discernământ, așa cum este el conceptualizat în alte ramuri ale științei (ex., psihiatrie, psihologie clinică)<sup>24</sup>.

Dacă lipsa discernământului este invocată *expressis verbis* în articolele trecute deja în revistă, în materia recunoașterii filiației în cazul recunoașterii copilului de către minorul necăsătorit (cu capacitate de exercițiu restrânsă, s.n.<sup>25</sup>), art. 417 C. civ. prevede că: „Minorul necăsătorit îl poate recunoaște singur pe copilul său, dacă are discernământ la momentul recunoașterii”. Cu privire la condiția *prezenței* discernământului la momentul recunoașterii filiației, s-a apreciat că în cazul minorului cu vârsta mai mică de 14 ani, recunoașterea se va putea face în baza un expertize de specialitate, care să determine existența discernământului<sup>26</sup>. Cu toate că lipsa discernământului nu este prevăzută ca un caz de nulitate relativă în această materie, într-o interpretare *per a contrario*<sup>27</sup> a art. 417, opinia doctrinară este aceea că ne aflăm în prezența unui caz de nulitate relativă virtuală<sup>28</sup>.

În materia adopțiilor se face, de asemenea, mențiune expresă la discernământ în legătură cu consimțământul la adopție. Astfel, art. 463 alin. 1 lit. d) prevede că, în vederea încheierii unei adopții, este necesar consimțământul soțului celui care adoptă, „cu excepția cazului în care lipsa discernământului îl pune în imposibilitatea de a-și manifesta voința”. După părerea noastră, această formulare a legiuitorului, dacă ar fi luată separat față de articolul în care apare, nu ar face decât să evidențieze rolul discernământului, ca și condiție de valabilitate a consimțământului, aptă să genereze o manifestare de voință producătoare de efecte juridice. Totuși, în contextul articolului de față, prin consimțământ s-a avut în vedere mai degrabă o „neîmpotrivire” la adopție<sup>29</sup>. Așadar, este vorba de situația în care doar unul dintre soți adoptă, iar manifestarea de voință a acestuia este „completată”<sup>30</sup> cu cea a celuilalt soț, însă doar în măsura în care nu îi este afectat discernământul.

Într-o altă secțiune a Codului civil, dedicată succesiunii testamentare, sunt reglementate condițiile de valabilitate a testamentului. Art. 1038 C. civ. conține prevederi referitoare la consimțământul testatorului: „Testamentul este valabil numai dacă testatorul a avut discernământ și consimțământul său nu a fost viciat”. Remarcăm formularea în termeni pozitivi a condiției existenței discernământului, probabil modalitatea legiuitorului de a sublinia că prezența discernământului la momentul testării este esențială pentru valabilitatea testamentului. De asemenea, observăm în formularea aleasă de legiuitor că s-a tratat distinct, discernământul ca și condiție (separată și cumulativă, s.n.) de valabilitate a consimțământului față de viciile de consimțământ.

Un aspect pe care dorim să îl subliniem este acela că nu se poate pune semnul egalității între condiția prezenței discernământului și lipsa contestării absenței acestuia. Desigur, existența capacității de exercițiu (art. 988 Cod civil) instituie prezumția existenței discernământului la momentul testării. Ne punem problema dacă această prezumție suficientă pentru a satisface condiția prezenței discernământului, element distinct în structura consimțământului testatorului<sup>31</sup>. Faptul că nu s-a contestat de nimeni lipsa discernământului face oare ca un testament să fie perfect valid? Nu ne propunem aici să găsim un răspuns acestor întrebări, însă dorim să atragem atenția că în practică<sup>32</sup> s-a constatat în ultimul deceniu o creștere a cererilor de expertiză psihiatrică medico-legală efectuate *ante factum*, în vederea stabilirii *prezenței* discernământului la momentul testării.

Următoarea mențiune expresă cu privire la discernământ o găsim în materia contractelor, mai precis, în art. 1205 C. civ., intitulat „Lipsa discernământului”. Legiuitorul a plasat acest articol într-un subcapitol distinct, referitor la valabilitatea consimțământului în materie contractuală. Această decizie a legiuitorului a soluționat o veche dispută doctrinară privitoare la asimilarea lipsei discernământului cu un viciu de consimțământ<sup>33</sup>. Din analiza primului alineat al art. 1205 reies următoarele: 1) lipsa discernământului atrage sancțiunea nulității relative; 2) aceasta trebuie să existe la momentul încheierii contractului și 3) trebuie să fie de natură pună persoana în imposibilitatea de a-și da seama ce consecințele faptelor sale. Întrucât scopul prezentei secțiuni este de a caracteriza noțiunea de discernământ, așa cum este portretizată în actualul Cod civil, deducem, *per a contrario*, concepția legiuitorului asupra noțiunii. Astfel, discernământul, privit prin prisma acestui articol, este acea abilitate care face posibilă pentru individ conștientizarea consecințelor (juridice, s.n.) pe care le au faptele sale în materie contractuală. Mai mult, prin introducerea art. 1205 alin. 2 C. civ., legiuitorul a dorit să reducă dificultatea probării lipsei discernământului la momentul contractării cu o persoană care ulterior a fost pusă sub interdicție, instituind „în premieră o prezumție relativă de incapacitate naturală”<sup>34</sup>.

Ultimele referiri exprese la noțiunea de discernământ în cadrul Codului civil le găsim în materia răspunderii delictuale. Alin. 2 al art. 1349 privind răspunderea delictuală prevede că: „Cel care, *având discernământ*, încalcă această îndatorire<sup>35</sup> răspunde pentru toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral”. Din nou, aceeași formulă pozitivă, prezența discernământului, apare ca și condiție pentru angajarea răspunderii delictuale. Cu toate acestea, condiția privitoare la discernământ este cerută doar<sup>36</sup> în cazul răspunderii delictuale pentru fapta proprie, reglementată în art. 1357 – 1371 C. civ.. Notăm faptul că, în ceea ce privește condiția existenței discernământului în acest caz, doctrina a asimilat- o noțiunii de capacitate delictuală<sup>37</sup>.

În majoritatea cazurilor de răspundere pentru fapta proprie operează prezumția existenței discernământului, persoana majoră având capacitate delictuală. Prin urmare, înseamnă că persoana majoră va trebui să suporte sarcina probei în vederea stabilirii lipsei sale de discernământ la momentul comiterii faptei. Totuși, găsim limitări ale acestei reguli generale în art. 1366 și art. 1367 C. civ.. Cele două articole prevăd în mod expres cazurile în care lipsa discernământului se prezumă, respectiv, cazurile în care dovada lipsei discernământului eludează angajarea răspunderii. Astfel, art. 1366 stabilește regulile de răspundere delictuală în cazul minorilor și a interzișilor judecătorești, după cum aceștia au împlinit sau nu vârsta de 14 ani – alin. 1 stabilește că în cazul minorului sub 14 ani (și a interzisului judecătorec) se prezumă (relativ) lipsa discernământului la momentul săvârșirii faptei, iar alin. 2 prevede că minorul peste 14 ani este prezumat ca având discernământ, în ambele cazuri putându-se proba contrariul.

Răspunderea delictuală nu se angajează nici în cazul *altor persoane lipsite de discernământ*, art. 1367 alin. 1 prevăzând că: „cel care a cauzat un prejudiciu nu este răspunzător dacă în momentul în care a săvârșit fapta păgubitoare era într-o stare, *chiar vremelnică*, de *tulburare a minții* care l-a pus în neputință de a-și da seama de urmările faptei sale”. Condiția, în acest caz, este ca persoana aflată într-o stare de tulburare a minții

să nu își fi provocat singură această stare (art. 1367 alin. 2 Cod civil). Ne punem următoarea problemă: ce a vrut legiuitorul să înțeleagă prin „tulburare a minții”? Credem că prin această formulă s-a dorit evocarea unei categorii mai largi, incluzând atât cauze patologice, cât și cauze non-patologice involuntare. În fine, observăm că o altă condiție implicită ce reiese din alin. 1 al art. 1367 ar fi că respectiva tulburare a minții să fie de natură să întunece (complet<sup>38</sup>, s.n.) judecata persoanei, astfel încât aceasta să nu poată aprecia consecințele faptei sale.

Extragem câteva concluzii pe marginea inventarului efectuat în prezenta secțiune, reiterând scopul acestuia - acela de a identifica principalele domenii în care problematica discernământului primește relevanță juridică și de a contura perspectiva legislativă actuală în această materie.

Observăm, mai întâi, că principalele domenii de incidență a problematicii discernământului privesc domenii conexe capacității de exercițiu, consimțământului și a capacității delictuale. De pildă, Codul civil plasează un rol esențial pentru discernământ în cadrul procedurii de instituire a interdicției judecătorești, care poate opera în vederea „anihilării” capacității de exercițiu doar în condițiile în care se probează lipsa discernământului. Totodată, lipsa discernământului este relevantă în materia deciziilor privind prelevarea de organe și mai cu seamă, în materia căsătoriei, recunoașterii filiației, adopției, succesiunii testamentare și a contractelor în general, domenii în care problema consimțământului este esențială. Observăm că în aceste materii legiuitorul a ales să atașeze acestui element de fapt diferite interdicții și sancțiuni pe plan juridic (i.e., nulitatea relativă). În fine, în domeniul răspunderii delictuale, prezența sau absența discernământului este esențială pentru angajarea răspunderii. Discuția privind discernământul în dreptul civil se poartă în mare parte în planul excepțiilor; motivul este acela că sănătatea și maturitatea mintală a persoanei capabile este regula, iar lipsa acesteia, excepția. Totuși, noțiunea de persoană lipsită de discernământ din alte motive decât minoritatea<sup>39</sup> desemnează o categorie relativ eterogenă<sup>40</sup>. Atragem atenția asupra faptului că de clarificarea acestei categorii ar putea să depindă aplicarea unor instituții de drept sau unele efecte juridice...

### **3. Perspective istorice asupra ideii de discernământ**

În prezenta secțiune, vom aborda câteva perspective istorice care pot fi corelate, direct sau indirect, cu noțiunea de discernământ. Scopul acestei incursiuni în legislația și doctrina veche este acela de a oferi un argument „istoric” pentru a susține incidența noțiunii supuse analizei în diferite materii de drept civil. Practic, dacă prin inventarierea Codului civil actual am încercat să conturăm o imagine contemporană asupra problematicii discernământului, în acest capitol dorim să prefigurăm câteva rădăcini istorice care stau la baza acestei imagini. În acest sens, vom discuta câteva aspecte relevante analizei noastre, identificate în dreptul roman, în vechiul drept românesc, dar și în doctrina clasică.

#### **3.1. Considerente privitoare la discernământ în dreptul roman**

În dreptul roman, orice discuție privind discernământul unei persoane era inutilă în absența capacității juridice. Pentru a avea capacitate de folosință (i.e., juridică, sau de

drept) și implicit, personalitate, un individ trebuia să întrunească trei calități – să fie om liber, să fie cetățean și să fie șef de familie<sup>41</sup>. Pierderea a cel puțin uneia dintre aceste calități genera o diminuare a personalității însăși, o incapacitate de drept numită *capitis deminutio*<sup>42</sup>.

Pe lângă capacitate de drept, în vederea participării active la viața juridică, o persoană trebuia să aibă și capacitate de fapt sau, cum o numim azi, capacitate de exercițiu. Aceasta desemna posibilitatea persoanei de a evalua semnificația și consecințele acțiunilor sale<sup>43</sup>. Observăm că definiția capacității de exercițiu era foarte apropiată de cea pe care o oferă Codul civil actual discernământului, ceea ce sugerează că în dreptul roman, a avea capacitate de fapt se confunda în bună parte cu ideea de discernământ. Constantin Stoicescu susținea, în acest sens, că: „Pe cât timp incapacitatea de drept deriva într-un mod cam artificial din voința legiuitorului [...], incapacitatea de fapt ținea seama de natură și, în principiu, se impunea raționalicește oricărei legiuri”. Elementul central incapacității de fapt îl constituia, deci, originea sa *naturală*.

Persoanelor cărora deși aveau capacitate de drept, din motive cum ar fi vârsta, starea mintală, sexul etc., nu li se recunoștea capacitatea de exercițiu, fiind incapabili în fapt. Două instituții strâns legate de problema persoanelor incapabile sunt tutela și curatela, care, în dreptul roman, prezentau o serie de particularități. Vechiul drept roman susținea un mod de organizare familială care avea la bază rudenția agnatică sau civilă, fapt care făcea ca tutela/curatela să servească nu doar supravegherii incapabililor, ci și protecției bunurilor acestuia. Interesul era acela de a-l <<împiedica pe incapabil să-și risipească bunurile în detrimentul rudelor civile eventual chemate la moștenire>><sup>44</sup>, protecția celui incapabil importând mai puțin. Cu timpul, însă, rudenția agnatică a încetat să joace un rol central în organizarea familială, fiind tot mai mult favorizată rudenția de sânge sau cognatică. Schimbarea de mentalitate a plasat în centrul organizării familiale interesele personale ale membrilor familiei, iar asigurarea intereselor incapabililor a devenit noul scop al tutelei, respectiv, curatelei. Tutela și curatela erau menite să înlăture efectele incapacității de fapt<sup>45</sup>, asigurând protecția persoanelor care, deși aveau capacitate de folosință, le lipsea capacitatea de exercițiu. Tutela opera doar în două cazuri - minorii sub 14 ani și femeii, fiind instituită „pentru incapacități ce se manifestau în mod uniform”<sup>46</sup>. Curatela era destinată protecției unei categorii eterogene de persoane, pentru care incapacitățile erau neprevăzute, accidentale<sup>47</sup>: boli mintale, lipsă de experiență, tendință de a risipi etc.<sup>48</sup>.

În privința problematicii discernământului, instituția curatelei prezintă relevanță mai crescută. Afirmăm aceasta deoarece în cazul tutelei femeilor, măsurile de ocrotire se luau pe criteriu de sex. În cazul minorilor măsura se dispunea pe criteriu de vârstă, chiar dacă la aceștia criteriul vârstei a fost adoptat tocmai datorită faptului că discernământul lor se află în formare. Obligativitatea instituirii curatelei în unele cazuri nu avea la bază doar vârsta și/sau sexul persoanei ocrotite, ci și un element lăsat la aprecierea celui care instituia măsura (ex., magistrat, pretor, prefectul orașului etc.) – starea mintală a persoanei. Discutăm astfel despre curatela aplicabilă celor considerați nebuni și risipitorilor, care erau asimilați celor dintâi, reglementată încă din vremea legii celor XII table<sup>49</sup>. În epoca lui Iustinian, de pildă, nebunii (lat., *furiosi*) și risipitorii (lat., *prodigi*), indiferent de vârstă (i.e., curatela opera și pentru minorii sub 25 de ani), se aflau sub curatelă, rămânând operantă reglementarea din legea celor XII table<sup>50</sup>.



Dacă în cazul nebunului, incapacitatea sa era de departe „cea mai naturală”<sup>51</sup> (cu toate că în momentele de luciditate, acesta redevenea complet capabil), asimilarea risipitorului cu acesta dintâi era o expresie a concepției agnatice asupra organizării familiale, care viza mai degrabă protecția bunurilor risipitorului decât a persoanei acestuia<sup>52</sup>. Totuși, restricțiile erau ceva mai reduse în cazul risipitorilor, în sensul că li se permitea să își sporească patrimoniul<sup>53</sup>, pe când, în cazul nebunilor, aceștia erau complet incapacitați. Categoria risipitorilor, rămasă de actualitate și în epoca lui Iustinian, a supraviețuit chiar și în legislația noastră până la mijlocul secolului XX<sup>54</sup>.

Pe lângă nebuni și risipitori, existau și alte categorii de persoane pentru care se considera că trebuie instituită curatela, <<deoarece nu puteau să se îngrijească de propriile afaceri>><sup>55</sup>. Aceste categorii erau „debiliții mintali, surzii, mușii și cei ce suferă de o boală incurabilă”<sup>56</sup>. Din această enumerare, doar categoria debilizilor mintali prezintă relevanță sub aspectul problematicei discernământului, afectat de regulă în cazul persoanelor cu „minte captivă”. Ne punem următoarea întrebare: ce se dorea prin separarea persoanelor cărora le lipsea sănătatea mintală în nebuni și debiliții mintali<sup>57</sup>? În opinia noastră, din perspectiva tratamentului juridic, cele două categorii nu difereau, fiind instituită curatela în ambele cazuri și totuși, termenul *furiosi* ne duce cu gândul la noțiunea de bolnavi psihici periculoși, pe când *mente captis* sau *dementia* desemna mai degrabă boala psihică cu debut precoce în ontogeneza individului<sup>58</sup>. Dacă luăm în considerare legislația actuală, am putea spune că distincția între cei doi termeni a subzistat în forma noțiunilor de alienație, respectiv, debilitate mintală (i.e., art. 211 din Legea nr. 71/2011).

Pentru categoriile de persoane protejate de instituția curatelei erau iterate și o serie de restricții exprese ce operau în diferite materii de drept. O prezentare a acestor restricții poate fi identificată în *Instituțiile lui Iustinian*, care înglobează <<o expunere elementară a dreptului roman ce servea ca manual destinat tinerelor generații de juriști>><sup>59</sup>. Vom detalia doar mențiunile privitoare la incapacitățile de fapt datorate stării mintale precare, așa cum apar ele descrise în manualul evocat, limitându-ne la acestea datorită relevanței directe pentru înțelegerea accepțiunii dreptului roman asupra discernământului.

În materia căsătoriei, găsim în *Instituții* o scurtă dezbateră asupra consimțământului la căsătorie, care, în vechiul drept roman, era o prerogativă exclusivă a lui *pater familias*<sup>60</sup>, de care depindea valabilitatea căsătoriei. În acest context, jurisconsultii și-au pus problema ce se întâmplă în situația în care *pater familias* nu dispunea de deplinătatea facultăților mintale, cu alte cuvinte, „poate oare fiica unui nebun să se căsătorească sau fiul unui nebun să se însoare?”<sup>61</sup>. Soluția, în epoca lui Iustinian, era aceea că în astfel de cazuri, căsătoria se putea încheia valabil și în absența consimțământului tatălui. Nu putem să nu ne întrebăm ce se întâmplă în situația în care un *pater familias* în vechiul drept roman dorea să își căsătorească fiul sau fiica nebun(ă) care satisfăcea condiția vârstei și avea *conubium*<sup>62</sup>. Probabil că în acest caz ar fi intervenit prevederile legale privitoare la instituirea formelor de protecție a incapacizilor, care ar fi „paralizat” o astfel de situație.

În cartea a doua, capitolul XII din *Instituții*, găsim o prezentare a categoriilor de persoane cărora nu le era îngăduit să își facă testament, adică nu aveau capacitate testamentară. Capacitatea testamentară sau *testamenti factio activa* se referea la

„posibilitatea unei persoane de a apela la una dintre formele legale pentru a-și consemna ultima voință”<sup>63</sup>. Astfel, dacă impuberilor (minori sub 14 ani) nu le era recunoscută capacitatea de a testa datorită lipsei de judecată matură<sup>64</sup>, în cazul nebunilor (*furiosi*), aceștia nu puteau întocmi un testament pentru că <<nu erau sănătoși la minte>><sup>65</sup>. Mai mult, în cazul nebunului, testamentul său era lovit de nulitate chiar dacă acesta a decedat după ce s-a însănătoșit, această circumstanță de fapt nefiind considerată importantă. Probabil că se avea în vedere cazul în care nebunul însănătoșit nu își refăcea în mod valabil testamentul înainte de deces. Credem că mențiunea lipsei de importanță a circumstanței însănătoșirii a fost modalitatea jurisconșulților de a se asigura că nulitatea nu putea fi acoperită și, deci, testamentul făcut eficace prin simpla prezență a acestei circumstanțe de fapt.

Desigur, de la regula incapacității nebunului de a testa s-a emis și o excepție, anume, situația în care testamentul era întocmit într-un moment de luciditate al nebunului sau într-un moment anterior îmbolnăvirii, caz în care respectivul testament își păstra valabilitatea. Cu toate acestea, rudele testatorului aveau la îndemână în dreptul roman acțiunea *ab irato*, care le permitea să ceară anularea testamentului dispus, din motive vindicative, împotriva acestora. Practic, în această acțiune se prezuma printr-o ficțiune că fusese alterat discernământul dispunătorului<sup>66</sup>. Aceasta este o tehnică de a ușura probarea absenței discernământului o găsim chiar și în actualul Cod, pe care l-am inventariat, un exemplu elocvent fiind art. 1205 alin. 2.

O altă manifestare a incapacității de fapt apare în materia obligațiilor, dreptul roman interzicând nebunului, sub sancțiunea nulității, să încheie <<orice act, deoarece nu înțelege ceea ce face>><sup>67</sup>, neavând „puterea de a judeca”<sup>68</sup>. Comparativ cu explicația oferită de jurisconșulți în motivarea incapacității de a testa a nebunilor, observăm că în materia obligațiilor, restricția este motivată de capacitatea redusă a nebunului de a evalua semnificația propriilor fapte. Dacă în cazul incapacității testamentare, justificarea este aproape tautologică<sup>69</sup>, în cazul incapacității de angajare în raporturi obligaționale, explicația ni se pare mai apropiată de conceptualizarea actuală a lipsei discernământului<sup>70</sup>.

În urma ideilor expuse în prezenta secțiune, deducem că perspectiva dreptului roman asupra discernământului era, asemeni celei contemporane, concentrată în a-i recunoaște importanța, paradoxal, în acele cazuri în care acesta lipsea. Cu toate că abordarea din dreptul roman diferă față de ceea ce actualmente numim capacitate de exercițiu (i.e., stare de drept), nu putem să nu observăm similitudinea acestora cu noțiunea de discernământ<sup>71</sup>. Observăm că motivele de absență a discernământului au fost inventariate încă din dreptul roman, dar, în același timp, notăm că distincția între lipsa discernământului în fapt nu era atât de clar delimitată față de noțiunea de (in)capacitate de exercițiu. În fine, remarcăm faptul că incidența problemei discernământului în domeniul ocrotirii incapacabililor, al căsătoriei, al succesiunii testamentare sau al obligațiilor apare într-un mod similar actualelor reglementări încă din dreptul roman.

### **3.2. Abordări ale discernământului în vechiul drept românesc**

Înainte de punerea în aplicare a Codului civil actual, prin Legea nr. 71/2011, opera Codul civil român, intrat în vigoare la 1 decembrie 1865, mai întâi în Vechiul Regat, apoi în

Transilvania<sup>72</sup>. Vechiul Cod civil a fost elaborat<sup>73</sup> în mare parte după modelul Codului civil Napoleon, dar s-a inspirat și din alte legislații străine<sup>74</sup>, respectiv, din vechiul drept românesc.

Codul de la 1864 a fost precedat de mai multe legiuiri care au operat pe teritoriul țării noastre, cum ar fi reglementările elaborate sub patronajul lui Vasile Lupu în Moldova și Matei Basarab în Țara Românească. Ulterior, pentru a acoperi lacunele pe care le conțineau reglementările menționate, în anul 1817 au apărut în Moldova și Muntenia două coduri distincte – Codul Calimach, respectiv, Codul Caragea<sup>75</sup>. Dimitrie Alexandresco a criticat Codul Calimach pe motiv că acesta conținea numeroase erori de traducere, <<care uneori îl făceau aproape neinteligibil>><sup>76</sup>, cu toate că doctrina românească și străină îl considera „cu mult superior Codului Caragea”<sup>77</sup>.

Codul Caragea a fost considerat „fărămătură din monumentalul Drept roman”<sup>78</sup> de Răsărit, o versiune prescurtată a condicii din 1345 a lui Constantin Armenopolu. În ceea ce privește problematica discernământului, analiza cuprinsului acestei legiuiri relevă faptul că principalele prevederi ce pot fi asociate ideii de discernământ apar în aceleași materii în care apăreau în dreptul roman (ex., persoane, succesiune testamentară, obligații). În partea întâi a Codului, găsim o clasificare a persoanelor (*obraz*) după diferite criterii, cum ar fi „după vârstă și după minte, în vârstnici, nevârstnici, risipitori și fără minte”<sup>79</sup>. În opinia noastră, împărțirea persoanelor „după minte” este doar o formă arhaică de exprimare a unei clasificări a persoanelor după lipsa discernământului. Se poate observa în acest sens că a subzistat categoria risipitorilor, asemeni dreptului roman, însă, în același timp, remarcă lipsa de specificații privitoare la instituția capacității. De altfel, termenii folosiți în acest Cod sunt mai apropiați de limbajul non-juridic, fiind înlocuiți mai degrabă cu înțelesurile *de facto* ale noțiunilor juridice.

Interdicțiile aplicabile persoanelor „fără minte” sunt prevăzute în capitolul IV din Cod, intitulat simplu: „Pentru cei fără minte”. În doctrina clasică<sup>80</sup> s-a precizat că acest capitol nu stabilea o veritabilă incapacitate de drept, fiind un bun indiciu că încă la acea vreme nu se făcea distincția între capacitate de exercițiu ca stare de drept și discernământ ca stare de fapt. În primul punct găsim o clarificare a noțiunii de „fără minte” (i.e., fără discernământ): „Fără minte numim pe cei ce sunt într-adevăr nebuni, sau lipsiți de minte, și smintiți”. Această definiție rămâne, asemeni celor din dreptul roman, cât se poate de tautologică; însă, observăm formularea de „cei într-adevăr nebuni”. Credem că aceasta este o formulă prin care se făcea referire la acei *furiosi* din dreptul roman. În ceea ce privește „cei lipsiți de minte și smintiți”, după părerea noastră, aceștia ar putea fi echivalentul juridic actual al debilității mintale sau a *mente captis* în dreptul roman.

Următoarele două puncte ale capitolului patru conțin reglementări în materia obligațiilor, iar ceea ce este interesant este că formulările reușesc să eludeze orice termen juridic. Reproducem formularea celor două texte: „2. Cei fără minte verice (orice, s.n.) tocmeală, sau dar, vor face, se socotește drept nimic și se strică./ 3. Cei fără minte, verice greșală vor face, nu se învinovățesc.”. Exprimarea folosită, deși simplă și arhaică, reușește să înglobeze dispoziții din materia contractelor și a donațiilor, respectiv, în materia răspunderii delictuale. Dispozițiile evocă, chiar dacă în termeni „de fapt”, soluții de actualitate și anume, inexistența/ nulitatea actului în materie contractuală și lipsa răspunderii delictuale a persoanei fără discernământ.

O altă mențiune indirectă referitoare la discernământ poate fi identificată în Codul Caragea în materia succesiunii testamentare, sau, cum a fost numită, „Moștenire cu diată”, prin diată înțelegându-se testament. Codul prevedea expres că „cel ce face diată trebuie să aibă mintea întreagă./De aceea: Nebunii și cei smintiți la minte, nu pot să își facă diată”(pct. 28, cap. III, partea IV). Nu putem să nu observăm că iterarea condiției prezenței discernământului la momentul testării este similară reglementării Codului civil actual...

Dacă rădăcinile Codului Caragea provin din dreptul roman de Răsărit, așa cum am afirmat deja, originile Codului Calimach au fost subiect de dezbatere doctrinară. Andrei Rădulescu a criticat viziunea conform căreia Codul Calimach ar fi fost o simplă traducere a Codului general austriac<sup>81</sup>. Acest din urmă Cod a fost aplicat în Transilvania până la mijlocul secolului XX, iar o parte din prevederile sale sunt foarte similare cu cele pe care le găsim în Codul Calimach. Din acest motiv vom detalia nediscriminativ prevederile celor două Coduri, în încercarea de a ilustra succint câteva particularități ale discernământului în vechiul drept românesc.

Codul general austriac<sup>82</sup> prevedea în art. 21 (art. 33 cf. Codului Calimach; Cal.) care erau persoanele care beneficiau de protecția legii: „acei care din cauza lipsei de etate, a slăbirii minții sau din alte împrejurări, sunt incapabili să-și ocârmuiască singuri cum se cuvine interesele lor”. Art. 21 era inclus într-o secțiune intitulată „Drepturile persoanelor după calitatea vârstei și după lipsa uzului rațiunii”, titlul care nu exprimă altceva decât împărțirea persoanelor după vârstă și după minte, așa cum am văzut că apărea în Codul Caragea. Mai mult, comparativ cu formulările Codului civil actual, observăm că nu sunt diferențe prea mari, vârsta sau declinul mintal fiind și azi, motive pentru instituirea unor măsuri de ocrotire. Cu toate acestea, tot în art. 21 se făceau următoarele specificații asupra categoriilor de persoane ocrotite, între care și „furioșii, nebunii, imbecilii care sunt lipsiți cu totul de uzul rațiunii, sau care sunt cel puțin incapabili să prevadă urmările faptelor lor” (în plus, urmând tradiția romană, beneficiau de ocrotire și risipitorii, s.n.).

Ni se pare cel puțin ciudat să găsim menționat termenul de furios între cauzele de punere sub ocrotire, dat fiind caracterul pasager al furiei. În opinia noastră, nu poate fi vorba decât despre o eroare de traducere din literatura latină, *furiosi* fiind, după cum am arătat în secțiunea precedentă, denumirea dată persoanelor nebune în dreptul roman. Probabil confuzia s-a realizat și din cauza concepției romane că furia era o stare de nebunie temporară<sup>83</sup>. Un alt aspect se referă la termenul de *imbecil*, care își are originile în psihiatria veche și care, posibil (indiciul este mențiunea privind lipsa totală a uzului rațiunii), se dorea să desemneze persoana cu debilitate mintală. În fine, un aspect de observat pe marginea textului citat este că se face referire directă la o componentă a discernământului, cea privind evaluarea adecvată a consecințelor propriilor acțiuni sau fapte, pe care o găsim într-o formulă asemănătoare în Codul civil actual.

Asemeni Codului Caragea, Codurile austriac și Calimach cuprindeau dispoziții în materia testamentelor, iar în ceea ce privește condiția pozitivă a existenței discernământului, aceasta apare într-o formă puțin mai elaborată. Astfel, în art. 565 (Cal. 723) din Codul austriac se cerea ca voința testatorului să fie manifestată, între altele, „în o perfectă stare de deplinătatea minții” (i.e., cu discernământ). Primul motiv care incapacita pe testator

era acela al „lipsei chibzuinței”, prevăzându-se că este lipsit de valoare testamentul întocmit „în stare de nebunie furioasă, de demență, inbecilitate sau beție”. În opinia noastră, faptul că s-a folosit termenul de „nebunie furioasă” poate susține tocmai confuzia privind traducerea din limba latină discutată în paragraful anterior, dar mai poate semnifica o referire la bolnavii psihici periculoși, violenți<sup>84</sup> și, de ce nu, mai poate sugera o reminiscență a cauzei care motiva succesorii să intenteze o acțiune *ab irato*. Un aspect interesant este acela că apare între motivele de incapacitate demența, o afecțiune tipică persoanelor în etate care își întocmeau cel mai frecvent acte de ultimă voință. De asemenea, observăm că a fost inclusă beția, fiind o stare temporară de discernământ diminuat, ceea ce nu face decât să sublinieze ideea că nu se diferențiază între incapacitățile legale și cele de fapt în materie testamentară.

Art. 565 din Codul austriac institua o prezumție relativă<sup>85</sup> de lipsă a discernământului, iar menționarea demenței și beției ca și cauze de ineficacitate a testamentului este, în opinia noastră, o încercare a legiuitorului vremii de a acoperi acele situații de fapt care nu intrau întotdeauna sub autoritatea interdicției judecătorești, dar care nu puteau fi ignorate, fiind în joc interesul moștenitorilor. În acest sens, ne punem întrebarea dacă este vorba despre o enumerare limitativă a cazurilor în care prezumția relativă operează sau este relevantă doar circumstanța că, în fapt, persoana nu a avut discernământ la momentul testării, soluție promovată de Codul civil actual. Problema rezidă în faptul că în enumerarea respectivă se invoca atât motive care ar constitui azi cauze de interdicție judecătorească (art. 273 – nebunii și imbecilii erau doar cei declarați astfel de către instanță), cât și motive de *incapacitate naturală* (i.e., beție). Indiferent de răspusul la această întrebare, dorim doar să evidențiem că, în vechime, referirile la discernământ au preluat tradiția romană de a-l trata ca pe un caz de incapacitate de fapt<sup>86</sup>.

„Lipsa minții” sau „neputința de a beneficia de uzul rațiunii” sunt tot atâtea forme de a exprima lipsa discernământului. În această secțiune am făcut o scurtă incursiune în vechiul drept românesc, analizând câteva aspecte relevante pentru problematica discernământului, așa cum au fost reglementate în legiurile care au operat înaintea Codului civil de la 1864. Concluzionând, putem afirma că trăsăturile esențiale<sup>87</sup> ale actualei conceptualizări juridice a discernământului au fost prefigurate în țara noastră încă de timpuriu.

### **3.3. Discernământul, între incapacitate naturală și luciditate temporară: discuții în doctrina românească de la începutul secolului XX**

Studiul și analiza doctrinei clasice poate fi o metodă de a obține o perspectivă întregită asupra valențelor juridice ale discernământului. Întrucât nu ne propunem o analiză extensivă, am ales să punctăm două debateri doctrinare, relevante analizei noastre, realizate pe marginea Codului civil de la 1864. Doctrina de la începutul secolului XX a prefigurat principalele elemente din conceptualizarea actuală a discernământului, motiv pentru care vom avea în vedere ideile expuse de către Dimitrie Alexandresco, în „Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român”<sup>88</sup>, lucrare care sintetizează principalele opinii doctrinare ale vremii.

### 3.3.1. Capabilul fără discernământ – incapabilul „natural”?

Motivul pentru care am ales să abordăm această discuție este acela că termenul de incapacitate naturală, deși utilizat de doctrina clasică, este mai puțin agreat în literatura curentă<sup>89</sup>. De aceea, este important să vedem ce se înțelegea prin termenul de *incapacitate naturală* în doctrina clasică.

În lucrarea lui Dimitrie Alexandresco problema incapacității naturale este tratată în primul rând în materie contractuală. Astfel, găsim un titlu sugestiv în acest domeniu: „Persoanele lovite de o incapacitate naturală de a contracta”. Încă de la început trebuie să menționăm că se făcea o distincție foarte clară între capacitate în sens juridic și capacitate în sens faptic, chiar în absența unei prevederi exprese din partea legiuitorului. Cu toate că se conștientizase incidența acestor incapacități ocurente în fapt, trebuia menținut un echilibru rezonabil cu principiul strictei interpretări a excepțiilor. Întrucât orice incapacitare a exercițiului unor drepturi trebuie în mod necesar să se situeze în planul excepțiilor, D. Alexandresco a încercat o conturare a cauzelor posibile de incapacitate naturală.

Accepțiunea doctrinei clasice asupra termenului de incapacitate naturală consta în admiterea existenței situațiilor care excedeau sfera incapacității juridice. Din aceste rațiuni s-a susținut: „Capacitatea individului poate să fie micșorată sau distrusă cu totul prin alienațiune mentală, prin demență sau imbecilitate, prin beție, prin o boală sau prin oare care infirmități fizice, precum ar fi surditatea, mutismul, cecitatea, etc.”<sup>90</sup>. Se remarcă faptul că este specificată posibilitatea (nu certitudinea, s.n.) limitării în fapt a exercițiului unor drepturi, din cauze *naturale*. D. Alexandresco specifica, de asemenea, că infirmitățile enumerate nu conduc prin ele însele la incapacitate naturală, ci numai în măsura în care sunt *apte virtual* să afecteze discernământul și manifestarea clară și liberă a voinței.

Dintre infirmitățile enumerate mai sus, menționăm că o parte nu și-au mai păstrat actualitatea (ex., surditatea, muțenia, cecitatea), chiar dacă, *in concreto*, se poate întâmpla să apară și în zilele noastre. Cu toate acestea, ceea ce putem extrage din conceptualizarea doctrinei clasice asupra incapacității naturale este că s-a dorit ca acest termen să înglobeze atât situațiile în care discernământul era afectat, cât și cazurile în care voința nu se putea exterioriza din cauza infirmității fizice. Actualmente, credem că sfera de cuprindere a acestui termen nu a rămas înțeleasă în acest mod, ci s-a restrâns la acele cauze care pot efectiv să lipsească o persoană de discernământul faptelor sale sau cel puțin să îl reducă<sup>91</sup>. Din acest punct de vedere, termenul analizat ni se pare mai puțin potrivit pentru a desemna noțiunea de discernământ. Motivația noastră nu rezidă, însă, în problema că termenul respectiv evocă ideea de capacitate, cum s-a susținut în doctrină<sup>92</sup>, ci în aceea că, la origini, acesta avea o sferă de cuprindere mult mai largă decât doar lipsa discernământului cauza unei tulburări/afecțiuni psihice (permanentă sau temporară).

Un alt aspect consemnat de D. Alexandresco constă în explicarea motivului pentru care legiuitorul nu a inclus incapacitatea naturală în reglementarea sa – acele cazuri enumerate împiedică manifestarea consimțământului și nu necesită o reglementare expresă, pentru că e „*evident*”<sup>93</sup> că un copil, un om nebun sau unul bat cu desăvârșire, ori în delir, este incapabil de a contracta”. În plus, acesta a remarcat faptul că pe legiuitor nu îl

privesc decât incapacitățile de ordin juridic în acordarea consimțământului și nu cele faptice. Dorim doar să remarcăm evoluția legiuitorului contemporan, care a ales să dea mai multe efecte juridice și unor „incapacități naturale” care pot genera lipsa/atenuarea discernământului. Reiterăm un exemplu fericit, ilustrativ pentru evoluția legiuitorului nostru – instituirea în art. 1205 alin. 2 Cod civil a unei prezumții relative de incapacitate naturală<sup>94</sup>. Chiar și așa, credem că termenul de incapacitate naturală a rămas la fel de vag și, în același timp, atât de „evident” pentru legiuitor și doctrina actuală deopotrivă, încât nu s-a considerat necesară o clarificare.

În ceea ce privesc efectele juridice ale incapacității naturale la început de secol XX, în cazul persoanelor nepuse sub interdicție, dar care se aflau într-un „stabiliment de alienați”<sup>95</sup>, s-a apreciat în doctrina vremii că acestea rămân incapabile natural. Cu alte cuvinte, capacitatea lor de exercițiu nu avea de suferit, însă nici nu opera o prezumție de lipsă a discernământului, deoarece nu li s-ar putea prezuma acestora nebunia. Așadar, contractele încheiate în intervale lucide rămâneau perfect valabile, iar cine dorea desființarea acestora trebuia să dovedească lipsa discernământului, totul fiind evaluat în fapt.

Legat de absența discernământului datorată unor cauze de patologie mintală s-a născut în doctrina clasică o dezbatere cu privire la posibilitatea atacării de către moștenitori a unor acte juridice întocmite în timpul vieții de către autorul lor, considerat că ar fi fost lipsit de discernământ. Această situație era reglementată în Codul de la 1864, în art. 449, care prevedea că în urma morții unei persoane, actele săvârșite de aceasta deveneau inatacabile pentru motivul lipsei discernământului (i.e., în cazul „smintirii de minte”). De la această regulă se admiteau ca excepții pronunțarea unei hotărâri de punere sub interdicție sau cel puțin formularea unei cereri în acest sens și, respectiv, dovada lipsei discernământului reieșea chiar din cuprinsul actului, fără a mai conta dacă defunctul fusese sau nu pus anterior sub interdicție.

În acest sens, s-a pus problema ce se întâmpla cu testamentul care fusese întocmit într-un moment de absență a discernământului, iar moștenitorii nu apucaseră să ceară interdicția și nici din conținutul testamentului nu reieșea acest lucru. Spre soluționarea disputei, D. Alexandresco a promovat ideea că nu se aplica limitarea de la art. 449, testamentul respectiv fiind atacabil<sup>96</sup>. Cu toate acestea, sarcina moștenitorilor era aceea de a stabili nu doar că defunctul ar fi îndeplinit condițiile necesare pentru a fi pus sub interdicție sau că existau momente în care discernământul lipsea. Aceștia trebuiau să dovedească în mod specific că la momentul testării defunctul fusese lipsit de discernământ, ceea ce, chiar și în zilele noastre, ar constitui o veritabilă *probatio diabolica*.

Un exemplu din jurisprudența interbelică<sup>97</sup> a atras atenția că nici situația în care s-a dorit dovedirea absenței discernământului pe baza conținutului testamentului nu a fost mai ușor de probat. Astfel, o clauză *ab irato* în care se afirma un sentiment de ostilitate față de moștenitori, s-a dorit să fie modalitatea de probare a lipsei de discernământ. Am arătat că în dreptul roman, un testament din care se deducea ura sau mânia testatorului față de moștenitori, îi îndreptățea pe aceștia să ceară anularea testamentului, prin acțiunea *ab irato*. Speța avută în vedere a generat următoarea problemă: „în ce condiții ura sau mânia sunt susceptibile de a altera discernământul testatorului?”<sup>98</sup>. Cu toate că nu a condus la

soluționarea speței în sensul anulării testamentului, soluția de principiu care a fost promovată a fost aceea că ar fi justificată anularea testamentului în măsura în care ura sau mânia au fost apte să diminueze semnificativ discernământul la momentul testării.

Revenind la analiza termenului de incapacitate naturală, menționăm că doctrina clasică a pus semnul egalității între acesta și conceptul de origine franceză de „insanitate de spirit”<sup>99</sup>. De asemenea, pentru a se reține circumstanța lipsei discernământului s-a susținut nu era nevoie ca tulburarea psihică să afecteze total abilitatea de a raționa a persoanei în cauză. Fiind însă vorba despre o circumstanță de fapt, anularea actului contestat a fost lăsată la aprecierea judecătorilor. Acest lucru s-a menținut în mare parte până în zilele noastre.

### **3.3.2. Incapabilul cu discernământ – momentul de luciditate și efectele sale juridice**

În cazul persoanei capabile din punct de vedere juridic, Codul civil de la 1864 și doctrina clasică optau pentru prezumția capacității, chiar și în momente de lipsă în fapt a discernământului. Așadar, cel puțin în materia convențiilor cine se considera prejudiciat din acest motiv trebuia să facă dovada că persoana cu care încheiase convenția era, în fond, lipsită de discernământ. Situația era diferită în cazul persoanelor puse sub interdicție judecătorească, pentru care incapacitatea era regula, iar momentul de luciditate, excepția.

Pentru a fi instituită interdicția judecătorească, Codul civil de la 1864 prevedea în art. 435 că: „Majorul care este într-o stare obișnuită de imbecilitate, de sminteală, sau de nebunie cu furie, trebuie a fi interzis, chiar și în intervale lucide”<sup>100</sup>. Așadar, în cazul acestor persoane era instituită o prezumție relativă lipsă a discernământului. Aceasta opera din momentul publicării hotărârii și nu cel al pronunțării hotărârii, aspect important, deoarece în funcție de momentul publicării se stabilea în sarcina cui revenea proba discernământului. Totuși, s-a apreciat că cerința publicității nu ar fi o condiție de fond, dar în același timp, că un terț de rea credință nu se putea prevala de lipsa publicității pentru a încheia cu incapabilul un act vătămător pentru acesta<sup>101</sup>.

În ceea ce privesc efectele încheierii unui act juridic de către interzisul judecătoresc, doctrina clasică pe care o avem în vedere distingea după cum actul respectiv era de natură patrimonială sau nepatrimonială. Contrar art. 448 din Codul civil de la 1864, care prevedea anulabilitatea tuturor actelor interzisului, doctrina a apreciat că acest lucru nu era tocmai adecvat, dat fiind că răspunderea delictuală era angajată și în cazul interzisului, dacă acesta a comis fapta într-un moment de *luciditate* (i.e., discernământ).

În cazul actelor de natură patrimonială, legiuitorul stabilea (art. 1202) o prezumție *legală* de incapacitate, care nu permitea proba contrară. Totuși, doctrina a contestat faptul că respectivul act ar fi inexistent, ci doar *anulabil*, legiuitorul român preluând în mod mecanic textul francez omolog. Observăm că această soluție doctrinară a fost iterată aproape identic în Codul civil actual, în art. 172, pentru că s-a dorit sancționarea nerespectării dispozițiilor legale privind capacitatea, fără a mai conta dacă persoana a fost sau nu lucidă la momentul încheierii actului.

Actele de natură nepatrimonială au fost subiectul unei controverse atât în doctrina, cât și în jurisprudența clasică. Pe de o parte, existau opinii care susțineau aplicarea în



mod nediscriminativ a interdicției, chiar și în cazul unor acte care nu puteau fi încheiate prin reprezentant, cum ar fi căsătoria sau testamentul. Pe de altă parte, se milita pentru recunoașterea posibilității încheierii unor astfel de acte, pentru a nu se ajunge la un veritabil *capitis deminutio* (i.e., moarte civilă) din dreptul roman.

D. Alexandresco a respins ambele sisteme, argumentând în favoarea menținerii unei distincții clare între actele „pur bănești” și cele „pur morale”, cum le-a numit. Explicația sa este oarecum o reminiscență a rațiunii care a fundamentat măsura interdicției în dreptul roman de la începuturi, când dominau principiile de rudenie de tip agnatic. La aceasta s-a adăugat și ideea de ocrotire a interzisului împotriva propriilor acte, potențial dăunătoare pentru patrimoniul său. Actele (sau operațiunile) „pur morale” cum sunt căsătoria, divorțul, recunoașterea de filiație sau adopția, erau considerate perfect valabile dacă interzisul le încheia într-un *moment de luciditate*. Totuși existau acte care, în opinia noastră ar intra atât în categoria actelor pur morale, care nu pot fi făcute prin reprezentare, cât și în categoria actelor cu conținut patrimonial, un exemplu clar fiind testamentul. În cazul acesta, se discuta despre o incapacitate absolută de a dispune prin testament (sau donație) de către interzișii judecătorești, probabil tocmai din cauza conținutului său, în bună parte de natură patrimonială. În concluzie, observăm că momentul de luciditate în cazul persoanelor puse sub interdicție era limitat sub aspectul efectelor juridice.

#### **4. Spre o caracterizare doctrinară a conceptului de discernământ**

Limbajul juridic se bucură de autonomie conceptuală în raport cu alte domenii ale științei. Termenii pe care îi întrebuițează, însă, sunt o parte tehnici, o parte preluați din vorbirea curentă<sup>102</sup>. Nu credem că este și cazul discernământului, fiind vorba în acest caz tot despre un termen tehnic, de specialitate, preluat însă din domeniile psihiatrie, respectiv, psihologie. Probabil acesta este motivul pentru care doctrina juridică, precum și legiuitorul, au evitat în mod costant să îl supună analizei.

Reiterând ideea de limbaj juridic, s-a argumentat<sup>103</sup> că, pe lângă realitățile juridice cu care operează dreptul (ex., contracte), există și o serie de realități naturale și sociale (i.e. fapte juridice), de care sunt legate efecte de drept. Astfel, de existența și, mai ales, inexistența discernământului ca stare de fapt am văzut deja că au fost atașate efecte în plan juridic, cum ar fi stabilirea valabilității unui act juridic, posibilitatea de prevalare de o serie de prezumții sau punerea sub interdicție judecătorească. În prezenta secțiune vom analiza critic perspectiva doctrinei românești dedicate atât Codului de la 1864, cât și Codului actual, care, la o privire de ansamblu, a concentrat referirile la noțiunea de discernământ pe trei paliere, în relație cu: capacitatea de exercițiu ca stare de drept, consimțământul ca element fundamental la încheierea unui act juridic și capacitatea delictuală ca premisă pentru angajarea răspunderii civile delictuale subiective.

##### **4.1. Discernământul și capacitatea de exercițiu**

Doctrina a fost și este relativ omogenă în abordarea principalelor instituții de drept, urmând în bună parte structura Codului în vigoare la un moment dat. Cu privire la

discernământ, găsim în majoritatea manualelor și tratatelor de drept civil menționi în legătură cu capacitatea de exercițiu a persoanei fizice, cerută în cadrul raportului juridic civil.

De pildă, Ernest Lupan a realizat o corelație între capacitatea de a încheia acte juridice civile și discernământ<sup>104</sup>, afirmând că distincția majoră dintre cele două ar fi că în cazul capacității vorbim despre o stare de drept, pe când în cazul discernământului vorbim despre o stare de fapt. Un alt aspect pe care profesorul Lupan îl sublinia este că discernământul nu se confundă cu capacitatea, deși „există o strânsă și indisolubilă legătură”<sup>105</sup>. Într-o altă opinie<sup>106</sup>, discernământul a fost privit ca fiind premisa<sup>107</sup> „inerentă” (*de facto*, s.n.) a capacității de exercițiu, fără a se confunda cu aceasta din urmă. Observăm o formulare doctrinară relativ vagă, în care se admite relația dintre capacitate de exercițiu și discernământ, însă nu și identitatea, argumentul fiind, aparent, unul formal (i.e., de drept). Constatăm totuși că s-a produs o evoluție față de dreptul roman, unde am arătat că se punea semnul egalității între capacitate de exercițiu și discernământ, deoarece cea dintâi era văzută ca un element de fapt.

Existența capacității de exercițiu instituie o prezumție relativă de prezență a discernământului, care, însă, poate fi răsturnată prin proba contrarie. În același sens, absența capacității generale de exercițiu în cazul persoanelor incapabile (i.e., minorii sub 14 ani și interzișii judecătorești) instituie o prezumție relativă de absență a discernământului. Așadar, discernământul se prezintă ca o condiție de fapt în menținerea și mai ales limitarea unei stări de drept cum este capacitatea de exercițiu. Aceasta nu înseamnă că se instituie cu necesitate un raport causal<sup>108</sup>, tocmai acest lucru fiind un alt element de delimitare între capacitatea de exercițiu și discernământ. Astfel, discernământul poate exista la o persoană incapabilă, după cum poate fi absent la o persoană capabilă din punct de vedere legal (i.e. majoră, nepusă sub interdicție), iar efectele juridice ale acestor două situații au fost intens dezbătute în doctrina clasică.

În situația în care avem capacitate de exercițiu, dar nu și discernământ, am văzut că o parte din doctrina clasică a abordat termenul de „incapacitate naturală”. Această abordare privind lipsa discernământului a fost preluată și reiterată în doctrină de către Mihail Eliescu<sup>109</sup>, care înțelegea prin termenul evocat lipsirea permanentă sau temporară, *în fapt*, a puterii de apreciere a consecințelor juridice produse în baza unei manifestări de voință<sup>110</sup>. Exprimarea folosită de profesorul Eliescu a fost criticată în doctrina recentă<sup>111</sup>, nefiind considerată a fi adecvată tocmai din pricina diferențelor dintre capacitatea de exercițiu și discernământ, mai ales în cazul în care acestea lipsesc<sup>112</sup>. Argumentul folosit a fost acela că un act este anulabil pentru lipsa capacității, fără ca problema discernământului să mai intereseze, în plan probatoriu fiind necesară doar probarea minorității sau a punerii sub interdicție. În ceea ce ne privește, suntem de acord cu această ultimă opinie, în sensul că problema discernământului importă mai puțin în legătură cu capacitatea de exercițiu. În același timp, considerăm că denumirea de „(in)capacitate naturală” nu este întru totul greșită sau lipsită de actualitate. Avem în vedere literatura internațională, în care a fost introdus conceptul de „capacitate mintală”<sup>113</sup>, folosit în legătură cu determinarea competenței legale<sup>114</sup>. În opinia noastră, problema reală pe care o pune termenul de „(in)capacitate naturală” nu este apropierea lingvistică de noțiunea de capacitate (care desemnează o stare

de drept, s.n.), ci măsura în care acest termen este sau nu sinonim<sup>115</sup> cu noțiunea de discernământ (sau lipsa acestuia, s.n.).

În doctrina mai recentă găsim o enumerare a „cazurilor de incapacitate naturală”<sup>116</sup>, acestea fiind: beția, hipnoza, somnambulismul și furia puternică. Considerăm necesare o serie de precizări cu privire la aceste cazuri, cu atât mai mult cu cât în secțiunile precedente am prezentat variații ale acestei enumerări în diferite perioade istorice. În primul rând, includerea hipnozei în această enumerare este o alegere nefericită din partea doctrinei actuale, deoarece hipnoza nu diminuează capacitatea unei persoane de a-și da seama de urmările faptei sale. Susținem acest punct de vedere cu cercetări din domeniul psihologiei<sup>117</sup>, care au arătat încă de timpuriu că hipnoza este o stare autoindusă, care de foarte multe ori se manifestă mai degrabă prin prisma preconcepțiilor persoanei „hipnotizate” despre cum ar trebui să se manifeste hipnoza. Prin urmare, deseori, persoana se preface că este hipnotizată, având în minte o concepție laică ce datează din secolul XVIII, din perioada medicului Franz Anton Mesmer, cunoscut pentru ideile sale pseudoștiințifice (i.e., magnetismul animal).

Relativ la celelalte cazuri enumerate, credem că nu poate fi vorba decât despre câteva exemple în care juriștii au apreciat că poate fi afectat discernământul și nu despre o enumerare limitativă. Deși asociate cu diminuarea capacității psihice, cazurile amintite sunt departe de a fi singurele cazuri în care, în mod obiectiv, capacitatea naturală poate fi diminuată. De exemplu, o opinie din doctrina recentă include în această enumerare boala psihică<sup>118</sup> (excluzând hipnoza, s.n.), ceea ce apreciem ca fiind just, având în vedere că unele boli psihice eludează condițiile restrictive pe care le cere procedura punerii sub interdicție. Cu toate acestea, într-o altă opinie, deși recentă, s-a păstrat vechea enumerare a cazurilor de incapacitate naturală<sup>119</sup>. Acest lucru nu relevă decât că doctrina clasică de început de secol XX nu a mai fost contestată pe acest palier, preferându-se preluarea mecanică a cazurilor în discuție.

O clasificare recentă a incapacităților a inclus printre clasicele categorii (i.e., de folosință vs. de exercițiu; speciale vs. generale) și distincția între incapacități legale și *incapacități naturale*<sup>120</sup>. În acest context, s-a susținut că incapacitățile naturale ar fi „cele care își pot produce efectele în mod direct prin ele însele”<sup>121</sup>. Mai mult, în cazul incapacităților pe care le-am analizat anterior (i.e., furia, somnambulismul, hipnoza, beția etc.), s-a propus<sup>122</sup> că ar fi doar niște incapacități „de moment”. În opinia autorilor citați, aceste cazuri nu ar trebui confundate cu situația prezenței unei tulburări psihice, în care se solicită internarea nevoluntară într-un spital psihiatric. În acest caz s-ar putea discuta, în opinia acestora, despre o „semi-incapacitate” de exercițiu, sub argumentul obligației de informare a persoanei internate, după finalizarea măsurii luate față de aceasta.

Nu putem să fim de acord cu această viziune, din mai multe motive. În primul rând, distincția incapacități legale versus naturale are cel mult o justificare didactică. După cum am susținut deja, termenul de „incapacitate naturală” nu trebuie confundat sau adus pe același plan cu capacitatea de exercițiu, stare de drept. În al doilea rând, nu putem vorbi despre un efect direct al incapacităților naturale, din moment ce aceste stări de fapt trebuie să existe în momente specifice și întotdeauna în relație cu o instituție de drept (ex., să existe la momentul încheierii unui contract). În al treilea rând, distincția dintre

incapacități „de moment” și „semi-incapacități” de exercițiu, justificată de cauza diminuării discernământului unei persoane, nu are temeii legal, dar nici doctrinar. Am arătat, în acest sens, care au fost cazurile inventariate de doctrină. Nu în ultimul rând, credem că autorii citați au realizat o confuzie între incapacitatea naturală (sinonim cu lipsa discernământului, s.n.) din structura capacității de exercițiu și cea din structura consimțământului. Afirmăm acest lucru deoarece s-a definit incapacitatea naturală ca fiind „cazurile în care există imposibilitate faptică de a da un consimțământ valabil”<sup>123</sup>, în contextul analizei formelor de incapacitate.

O altă discuție doctrinară privind capacitatea și relația sa cu noțiunea de discernământ s-a deschis în jurul noțiunii de *insanitate de spirit*<sup>124</sup>, cu ocazia analizei capacității testamentare<sup>125</sup>. Insanitatea de spirit desemnează situația în care testatorul, deși are capacitate de exercițiu (sau cel puțin nu i s-a contestat această capacitate, s.n.), întocmește un testament într-o stare de absență a facultăților mintale. Dacă, însă, o persoană este pusă sub interdicție judecătorească, problema este ceva mai puțin complicată, actul respectiv fiind anulabil pentru lipsa capacității<sup>126</sup>.

Codul civil de la 1864 instituia o veritabilă incapacitate de folosință a persoanei puse sub interdicție judecătorească, acesteia nefiindu-i recunoscut dreptul de a întocmi un testament<sup>127</sup>. Situația diferă în actualul Cod civil, deoarece incapabilului i se permite într-o anumită măsură să facă donații (nu și legate). Donațiile sunt nescutite de raport și pot fi numai în favoarea descendenților incapabilului, fiind o soluție preluată după dreptul francez<sup>128</sup>. Cu toate acestea, art. 175 C. civ., care reglementează această derogare de la regula incapacității, prevede că descendenții incapabilului pot fi gratificați *de către tutore* cu acordul consiliului de familie și cu autorizarea instanței de tutelă. Legiuitorul român la momentul elaborării acestui articol nu a avut în vedere faptul că dreptul francez parcursese două reforme în 2006 și 2007 în ceea ce privește dreptul succesoral și modificase soluția în materia nulității testamentare. Astfel, soluția legiuitorului francez a fost să nu sancționeze testamentul incapabilului cu nulitatea, ci să îi permită acestuia să testeze personal (nu prin tutore, s.n.), cu o prealabilă autorizare din partea judecătorului și a consiliului de familie<sup>129</sup>.

Persoanei puse sub interdicție i se permite actualmente să încheie o serie de acte juridice cu risc scăzut de prejudiciere, așa cum prevede art. 43 alin. 3 C. civ., motivul evocat de doctrină fiind acela al „rațiunilor practice”<sup>130</sup>. Nu contestăm acest motiv, însă credem că o altă rațiune a condus la elaborarea unei astfel de prevederi. Specific, s-a constatat că foarte des, persoanele puse sub interdicție nu sunt total lipsite de discernământ<sup>131</sup>, fiind capabile să înțeleagă semnificațiile unor acte precum cele invocate de art. 43.

În lipsa punerii sub interdicție, Codul civil actual vine să instituie existența discernământului ca și condiție de valabilitate a testamentului (art. 1038 Cod civil). Practic, deși interdicția judecătorească poate să fie motiv de anulabilitate a testamentului în temeiul incapacității de exercițiu, esența condiției rezidă în aceea că, în fapt, persoanei i se cere să testeze într-o stare de conștiință *deplină*. De aceea, testamentul poate fi anulat și în cazul în care persoana nu prezintă sanitate de spirit din alte cauze decât alienația/debilitatea mintală, motivele de punere sub interdicție. Acesta este încă un argument care susține relevanța mai crescută a discernământului din structura consimțământului, în detrimentul capacității de exercițiu.

#### 4.2. Discernământul – condiție de valabilitate a consimțământului

Revenind la problema *incapacității naturale*, am notat deja că aceasta prezintă importanță relativ scăzută în raport cu capacitatea de exercițiu, discuția pe acest plan purtându-se în bună parte în termeni de absență/prezență a discernământului, în vederea stabilirii lipsei capacității de exercițiu (i.e., punere sub interdicție). În cazul persoanei majore, cel puțin, Codul civil prevede în art. 38 că o dată cu atingerea majoratului (18 ani), persoana dobândește capacitate deplină de exercițiu, ceea ce înseamnă că, *ope legis*, este instituită o prezumție relativă de existență a discernământului. Discuția privitoare la discernământ este mai nuanțată în cazul unei alte condiții legale necesare la încheierea oricărui act juridic - consimțământul.

Vechea reglementare (i.e., Codul civil de la 1864) nu făcea mențiuni cu privire la discernământ în materie de consimțământ, dar în doctrină<sup>132</sup> s-au elaborat o serie de condiții de valabilitate a consimțământului: să provină de la o persoană cu discernământ, să fie făcut cu intenția de a produce efecte juridice, să fie exteriorizat și să fie neviciat. Observăm că prima condiție fără de care consimțământul nu poate fi valabil este discernământul. Această cerință delimitează capacitatea de exercițiu ca stare de drept de existența discernământului ca element de fapt din structura consimțământului<sup>133</sup>.

Cerința provenienței consimțământului de la o persoană cu discernământ derivă, în opinia unor autori<sup>134</sup>, din caracterul conștient al actului juridic civil. Acest caracter conștient îi dă persoanei posibilitatea să aprecieze consecințele juridice produse în temeiul manifestării sale de voință. Mai mult, alți autori<sup>135</sup> au fost chiar de părere că lipsa discernământului ar echivala, în fond, cu lipsa consimțământului, pentru a sublinia legătura indisolubilă între cele două concepte. Traian Ionașcu era de părere că „lipsa discernământului, din punct de vedere logic, ar trebui să atragă nulitatea absolută a actului juridic civil”<sup>136</sup>. Probabil că profesorul Ionașcu a avut în vedere o concepție similară cu soluția oferită de vechiul Cod al familiei, cu ocazia acordării consimțământului la încheierea căsătoriei. Codul prevedea în art. 19 că este nulă căsătoria alienatului, debilului mental sau a celui lipsit vremelnic de facultățile mintale (ex., incapacitate naturală) cât timp nu are discernământul faptelor sale, cazuri în care consimțământul, practic, nu ar exista<sup>137</sup>.

În mod corect, profesorul Ionașcu a remarcat faptul că „în practică, însă, absența totală a consimțământului se asimilează cu un simplu viciu de consimțământ, pentru a o sancționa cu nulitate relativă”<sup>138</sup> (prin absență totală a consimțământului acesta înțelegând lipsa discernământului, s.n.). Într-adevăr, instanțele, sub imperiul vechiului Cod civil, asimilaseră lipsa discernământului cu un viciu de consimțământ<sup>139</sup>, adică cu o altă condiție de valabilitate a consimțământului. Codul civil actual a tranșat atât problema nulității, cât și pe cea a relației discernământului cu viciile de consimțământ astfel: a stabilit în art. 1205 că actul încheiat fără discernământ este lovit de nulitate relativă și, într-o manieră didactică, a grupat într-un titlu distinct condițiile de valabilitate ale consimțământului față de viciile consimțământului, lipsa discernământului fiind inclusă în prima categorie<sup>140</sup>. Practic, legiuitorul nu a făcut decât să transpună în plan legislativ opinia doctrinară conform căreia discernământul este o condiție de valabilitate a consimțământului, distinctă față de viciile de

consimțământ, chiar dacă în ambele cazuri sancțiunea aplicabilă actului încheiat va fi aceeași - nulitatea relativă.

Continuând analiza relației dintre discernământ și consimțământ, o altă perspectivă ar fi aceea că, *ab initio*, pentru a putea să se formeze consimțământul, este necesară existența unei așa-zise „capacități intelective”<sup>141</sup>, sau puterea de înțelegere a unei situații juridice, respectiv, a unei „capacități volitive”<sup>142</sup>, sau motivația subiectivă de angajament într-o situație juridică. În opinia noastră, dacă ar fi să adoptăm această perspectivă, existența discernământului s-ar confunda cu elementul intelectual, referindu-se la aceeași abilitate *psihică* de a percepe și evalua o situație relevantă din punct de vedere juridic. Astfel, discernământul stabilește cel puțin punctul de start, premisa (ca în cazul capacității de exercițiu), fiind o condiție *sine qua non* pentru ca elementul volitiv să se poată manifesta<sup>143</sup>, de unde, probabil și ideea de „capacitate volitivă”.

Într-o altă abordare asupra elementului volitiv, s-a afirmat în doctrină că „a voi juridic este consimțământul ghidat de discernământ și interesul propriu”<sup>144</sup>. Fără a dori să reproducem textele de manual care prezintă principiile voinței juridice și binomul voință exteriorizată (consimțământ) – voință internă (reală), vom reliefa perspectiva asupra discernământului în această abordare<sup>145</sup>. Voința reală este elementul de fapt de natură psihologică/subiectivă din structura voinței juridice; o dată exteriorizată, ea poate fi producătoare de consecințe juridice, însă doar în măsura în care sunt întrunite o serie de calități<sup>146</sup> ale acesteia. Dintre aceste calități, cea privitoare la libertatea și conștiința voinței interne este de interes în ceea ce privește problematica discernământului. Astfel, s-a susținut că „voința internă trebuie să fie conștientă de sine și de lucrurile înconjurătoare”<sup>147</sup>, iar aptitudinea naturală sau rațională de a discerne faptele și de a lua decizii este una dintre condițiile care asigură ocurența acestui fapt (alături de informare în privința cauzei operațiunii juridice, s.n.). Într-o altă opinie s-a enunțat necesitatea conștiinței voinței exprimate, caracterul conștient fiind suprimat de lipsa discernământului, „echivalând cu lipsa psihică a consimțământului”<sup>148</sup>. Observăm că și aceste abordări iterează ideea că discernământul funcționează ca o premisă în structura consimțământului, fiind aptitudinea sau capacitatea *naturală* în absența căreia actul juridic devine anulabil.

În ceea ce privește noțiunea de *insanitate de spirit*, consacrată în doctrina clasică, am afirmat deja că desemnează situația în care unei persoane cu capacitate deplină de exercițiu îi lipsește discernământul la momentul întocmirii unui testament. După modelul doctrinei franceze, s-a susținut și în doctrina noastră că testatorul trebuie ca la momentul întocmirii să aibă o stare de „tulburare mentală care să fie suficient de gravă pentru a-l priva pe cel atins de facultățile sale de discernământ”<sup>149</sup>. Prin tulburare mentală nu s-a înțeles sensul restrâns, de natură psihiatrică, ci mai degrabă toată pleiada de cauze care pot în mod obiectiv să diminueze semnificativ discernământul. În plus, s-a mai susținut că nu este suficient să fie dovedită simpla tulburare a minții pentru a fi vorba de insanitate de spirit, fiind necesară stabilirea unui raport de cauzalitate, adică să se dovedească *in concreto* că respectiva cauză de tulburare a minții a determinat lipsa de luciditate<sup>150</sup>.

Am arătat că un testament poate fi anulat pentru lipsa capacității de exercițiu, dar aceeași soluție a nulității relative o găsim și în cazul lipsei discernământului. În spiritul

doctrinei franceze, s-a susținut și în doctrina noastră<sup>151</sup> că, în timp ce anularea pentru lipsa capacității poate fi cerută de persoana protejată prin sancțiunea nulității relative, anularea pentru lipsa discernământului se poate invoca de orice persoană care justifică un interes (ex., un legatar particular). În ceea ce ne privește, credem că s-a instituit o falsă dezbateră între capacitatea de exercițiu și prezența discernământului prin faptul că argumentele doctrinare se rezumă la ideea de capacitate. Practic, s-a dorit criticarea termenului de „incapacitate naturală”, promovat în doctrina clasică<sup>152</sup>, susținându-se că termenul de „insanitate de spirit” ar fi mai clar. În fond, suntem de părere că doctrina a omis faptul că discernământul în materia testamentelor se află în structura consimțământului și nu a capacității de exercițiu. Prin urmare, temeiul de invocare a lipsei discernământului este acela al lipsei consimțământului liber și conștient al testatorului, aspect bine conturat, de altfel, în art. 1038 C. civ., intitulat „Consimțământul testatorului”.

#### **4.3. Capacitate delictuală și/sau discernământ**

Pe lângă abordarea discernământului în relație cu capacitatea de exercițiu și consimțământul, o altă legătură doctrinară s-a făcut între discernământ și noțiunea de capacitate delictuală<sup>153</sup>. Prin această noțiune, doctrina a înțeles să denumească „aptitudinea persoanei de a răspunde (de a fi obligată) pentru faptele ei ilicite care cauzează prejudicii altora”<sup>154</sup>. Această aptitudine de a răspunde care incumbă autorului faptei ilicite s-ar aprecia în funcție de prezența sau absența discernământului acestuia. Într-o altă opinie<sup>155</sup>, s-a susținut că, în fond, capacitatea delictuală nu ar fi „decât o altă expresie pentru a desemna discernământul” și că, din punct de vedere juridic, aceasta face posibilă nașterea obligației civile de reparație în sarcina debitorului *vinovat* de producerea faptei ilicite (i.e., delictul civil).

Față de relația discernământului cu capacitatea de exercițiu sau cu consimțământul, observăm că în cazul capacității delictuale, prezența sau absența discernământului nu este doar o condiție de fond, ci este condiția esențială de existență a acesteia. Prezența discernământului este premisa în baza căreia se va trece la aprecierea *vinovăției* în cazul răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie. În același sens, s-a susținut în doctrină faptul că există o legătură indisolubilă între *vinovăție*, ca element constitutiv al răspunderii delictuale și capacitate delictuală, de existența discernământului fiind condiționată angajarea celei dintâi<sup>156</sup>.

Am ales să menționăm termenul de *vinovăție* în detrimentul celui de culpă, deoarece în actuala reglementare legiuitorul nostru a împrumutat termenul specific dreptului penal, apreciind că ar fi adecvat și dreptului privat<sup>157</sup>. Culpă a fost obiectul de studiu al doctrinei pentru mult timp, iar în doctrină s-a afirmat că fundamentarea răspunderii civile ar depinde de maniera de interpretare a acestui termen<sup>158</sup>, idee pe care o putem extinde și în cazul termenului de *vinovăție*. Cu toate acestea, conținutul ambilor termeni în contextul răspunderii civile capătă un sens distinct față de dreptul penal. S-a apreciat că nu ne putem limita doar la aprecierea poziției psihice a făptuitorului în producerea faptei cauzatoare de prejudicii, deoarece este de esența răspunderii civile să se aibă în vedere fapta prejudiciabilă și posibilitatea reparării ei, nu pedepsirea făptuitorului<sup>159</sup>.

Dacă în cazul persoanelor care au capacitate delictuală, aprecierea vinovăției nu pune probleme prea mari, lipsa capacității delictuale a făptuitorului a generat o amplă dezbateră doctrinară, soldată cu o soluție de compromis din partea legiuitorului. Am văzut deja că imputarea vinovăției pentru fapta cauzatoare de prejudiciu în absența discernământului este de neconceput în contextul actualei reglementări. Totuși, omiterea tragerii la răspundere a persoanei lipsite de discernământ pentru fapta sa este o soluție inechitabilă din perspectiva persoanei care a suferit prejudiciul<sup>160</sup>. Tocmai din acest motiv s-a deschis o altă dezbateră doctrinară privind fundamentul juridic sau izvorul unei eventuale obligații de reparare a prejudiciului care să incumbe persoanei lipsite de discernământ.

Înainte de adoptarea actualului Cod, s-a propus ca aprecierea întinderii obligației de reparare a prejudiciului și în cazul celui lipsit de discernământ să se facă pe considerente de echitate<sup>161</sup>. Această viziune a fost recent criticată, susținându-se că, în fond, nu există nici în contextul Codului actual un temei juridic pentru angajarea răspunderii delictuale în cazul persoanei fără discernământ, indiferent cât de corectă sau echitabilă ar fi o astfel de variantă<sup>162</sup>. Legiuitorul nu a ignorat, însă, dezbaterea invocată, introducând cu caracter de noutate un temei juridic pentru a reglementa tocmai situația descrisă. Așadar, legea a devenit izvorul juridic al unei așa-zise răspunderi delictuale „subsidiare”, reglementată la art. 1368 sub forma *obligației subsidiare de indemnizare a victimei*<sup>163</sup>, fiind soluția de compromis propusă de legiuitor.

Un ultim aspect pe care dorim să îl detaliem în raport cu dezbaterile doctrinare pe marginea acestui subiect este acela al semnificației noțiunii de *lipsă a discernământului*. Concomitența cu fapta ilicită cauzatoare de prejudicii și neputința de a discerne consecințele faptei respective sunt două condiții care angajează răspunderea subsidiară. Prin urmare, prezența unei capacități parțiale de a discerne va angaja răspunderea pentru fapta proprie în temeiul art. 1357 din Codul civil<sup>164</sup>. Am arătat în secțiunea dedicată inventarului actualului Cod că în cazul minorilor sub 14 ani și a persoanelor puse sub interdicție operează o prezumție relativă de lipsă totală a discernământului. S-a pus, însă, problema celei de-a treia categorie de persoane, care la momentul săvârșirii faptei sufereau de o *tulburare a minții* și aceasta le-a diminuat discernământul. În legătură cu această categorie, s-a argumentat critic că răspunderea subsidiară nu se va putea angaja în cazul unor tulburări de natură fizică (ex. criză cardiacă), deoarece aceste stări nu se încadrează în categoria sus-menționată<sup>165</sup>. În ceea ce ne privește, suntem în dezacord cu această opinie, deoarece considerăm că intenția legiuitorului a fost să reglementeze în mod generic (chiar dacă a făcut o alegere nefericită privind terminologia, s.n.) acele situații în care, în fapt, persoanei respective i-a lipsit discernământul. Credem că este mai puțin relevantă cauza acestei lipse de discernământ, un indiciu fiind caracterul (chiar și) vremelnic prevăzut în art. 1367 alin. 1.

\*

Sumarizând ideile expuse în cadrul acestei scurte analize privind caracterizarea doctrinară a discernământului, extragem câteva puncte de reper în construirea valențelor juridice ale acestui concept.

Mai întâi, discernământul este eminentamente o stare de fapt de natură psihologică, căreia legiuitorul a ales să îi atașeze o serie de efecte juridice (ex., nulitatea relativă a



actului încheiat). Apoi, există cel puțin trei noțiuni juridice în structura cărora discernământul joacă un rol important – capacitatea de exercițiu, consimțământul și capacitatea delictuală.

Nu în ultimul rând, din punct de vedere juridic, relevanța discernământului se reduce în mare parte la stabilirea prezenței sau absenței acestuia (i.e., gradul de discernământ), un aspect care este mai greu de îndeplinit în practică decât pare la prima vedere.

În fine, o viziune generală a doctrinei românești asupra discernământului ar fi aceea că joacă un rol semnificativ în construirea în fapt a capacității de exercițiu (și a lipsei sale, s.n.), fundamentează formarea consimțământului și se contopește cu noțiunea de capacitate delictuală. Prin urmare, relevanța și particularitățile sale se pot observa în relație cu o bună parte din instituțiile de drept civil în structura cărora intră capacitatea de exercițiu, consimțământul, respectiv, capacitatea delictuală.

---

\* Absolventă a Facultății de Drept, UBB Cluj-Napoca; ralucazekely@gmail.com.

<sup>1</sup> M. Mureșan, *Forța obligatorie a contractului*, în A. Ionașcu (coord.), *Contribuția practicii judecătorești în dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1973, p. 163.

<sup>2</sup> Vezi *infra* 2.

<sup>3</sup> A se vedea, în acest sens, o opinie critică în cazul definiției extensive date de Codul Civil actual instituției proprietății, C. Munteanu, *Observații privind limbajul dreptului*, RRDP 3/2007, p. 138.

<sup>4</sup> Lucius Iavolenus Priscus (n. ~50 a. Chr.). Traducere: „Orice definiție în dreptul civil este periculoasă, pentru că rare sunt acelea care nu pot fi răsturnate”.

<sup>5</sup> În același sens, vezi G. Boroș și C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 138-139.

<sup>6</sup> Situația este aceeași și în cazul Decretului nr. 31/1954, care venea să completeze Codul civil în materia dedicată persoanelor. Totuși, găsim o mențiune a noțiunii de discernământ în art. 25 al Decretului nr. 32/1954, care pune în aplicare dispozițiile Codului familiei și ale Decretului nr. 31/1954. Astfel, art. 25 prevede că: „Minorii care nu au împlinit vârsta de patruzăceze ani nu răspund pentru fapta lor ilicită decât dacă se dovedește că *au lucrat cu discernământ*”.

<sup>7</sup> Cu toate acestea, vom arătat că doctrina a conturat câteva caracteristici ale discernământului care sunt relevante din punct de vedere juridic și care au fost integrate în actuala reglementare. Vezi *infra* 4.

<sup>8</sup> A se vedea și art. 459 Cod civil pentru o formulare similară în materia restricțiilor la adopție, aici fiind menționat termenul de „boală psihică gravă”. Remarcăm inconsecvența legiuitorului din punct de vedere terminologic.

<sup>9</sup> În același sens, vezi C. Munteanu, *lucr. cit.*, p. 137.

<sup>10</sup> În cazul transplantului de organe, vorbim despre un consimțământ special. Aceasta înseamnă că pe lângă condițiile de valabilitate ale consimțământului instituite de art. 1204 C. civ., s-a adăugat o condiție care particularizează consimțământul de prelevare - necesitatea informării prealabile a donatorului și a donatarului în privința procedurii. Vezi Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 73. Aprecierea discernământului, se va face, în opinia noastră, în funcție de abilitatea persoanei de a înțelege informațiile primite în legătură cu procedura respectivă.

<sup>11</sup> În același sens, vezi Fl. A. Baias și colab., *op. cit.*, p. 74.

<sup>12</sup> Pierderea temporară sau diminuarea discernământului nu justifică punerea sub interdicție. Vezi Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, vol. I, Ed. Hamangiu, 2012, p. 190; Fl. A. Baias și colab., *op. cit.*, p. 156.

<sup>13</sup> Vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 595.

- <sup>14</sup> C. Chirică, *Ocrotirea anumitor persoane fizice prin măsura punerii sub interdicție judecătorească în lumina dispozițiilor noului Cod civil și a noului Cod de procedură civilă*, Dreptul nr. 1/2012, p. 43.
- <sup>15</sup> Vezi *infra* 3.3.1.
- <sup>16</sup> Vezi E. Florian, *Dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 59-60.
- <sup>17</sup> *Apud* E. Florian, *op. cit.*, p. 53. Textul nu distinge între prezența sau absența punerii sub interdicție pentru alienație/debilitate mintală. Vezi M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 59.
- <sup>18</sup> Totuși, s-a susținut în doctrina recentă că nu doar lipsa discernământului la persoanele alienate/debilite mintal ar justifica nulitatea, nici lipsa capacității de exercițiu, ci incompatibilitatea cu *finalitatea instituției căsătoriei*. Faptul că această categorie de persoane nu poate încheia căsătorii nici în momentul de luciditate ar constitui un indiciu în acest sens. Vezi M. Avram, *op. cit.*, pp. 59-60; A. R. Tănase, *Noul Cod civil. Persoana fizică. Despre familie. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 275-276.
- <sup>19</sup> P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 321. Pentru o analiză critică a cazurilor în care discernământul este temporar afectat, vezi *infra* 4.2.
- <sup>20</sup> E. Florian, *op. cit.*, p. 60. Autoarea este de părere că lipsa de logică din soluția legiuitorului rezidă în aceea că acesta presupune că poate exista consimțământ valabil chiar și în absența discernământului atunci când este vorba în fapt despre alte cauze decât alienația sau debilitatea mintală.
- <sup>21</sup> Este vorba despre viciile de consimțământ, pentru care s-a instituit același termen de prescripție. Observăm totuși că se face distincția evidențiată în doctrină (vezi *supra* 4.2.) între lipsa discernământului și viciile de consimțământ.
- <sup>22</sup> În legătură cu formula aleasă de legiuitor în acest ultim caz, poate că ar fi fost mai bine, din rațiuni de omogenitate terminologică, să se păstreze noțiunea de discernământ și să nu se fi făcut referire la ea prin sinonimul său.
- <sup>23</sup> Având în vedere concepția conform căreia nulitatea relativă ar fi de fapt o nulitate de protecție. De ex., vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 595.
- <sup>24</sup> Credem că legiuitorul a avut în vedere mai degrabă cauze de lipsă temporară a discernământului precum starea de ebrietate sau furia extremă, așa cum le prezintă doctrina. Ne este greu să imaginăm cazul somnambulismului ca fiind aplicabil contextului avut în vedere.
- <sup>25</sup> S-a susținut totuși în doctrina recentă faptul că nu ar conta stadiul capacității de exercițiu a minorului în cauză. Cu toate acestea, s-a apreciat că textul art. 417 este de strictă interpretare, neputând fi extins și asupra incapabilului aflat într-un moment de luciditate. Vezi F.I.A. Baiaș și colab., *op. cit.*, p. 456. Pentru opinia contrară, vezi C. Chirică, lucr. cit., p. 46.
- <sup>26</sup> A. R. Tănase, *op. cit.*, p. 552.
- <sup>27</sup> Nu s-ar putea admite valabilitatea manifestării de voință a persoanei majore, exprimată în absența discernământului, din moment ce prezența acestuia este cerută în cazul minorului.
- <sup>28</sup> E. Florian, *op. cit.*, p. 174.
- <sup>29</sup> *Apud* E. Florian, *op. cit.*, p. 257, nota de subsol nr. 1.
- <sup>30</sup> *Ibidem*. În același sens vezi și M. Avram, *op. cit.*, p. 420.
- <sup>31</sup> Pentru o discuție, vezi *infra* 4.2.
- <sup>32</sup> E. Drima, *Discernământul diminuat vs. responsabilitate diminuată*, Ed. Zigotto, Galați, 2011, p. 157. În același sens, jurisprudențial s-a apreciat că simpla autentificare a unui testament nu atestă existența discernământului testatorului, notarul neavând această calitate. Vezi Trib. București, secția a V-a civilă, decizia nr. 783/2004 *apud* V. Terzea, *Noul Cod civil, adnotat cu doctrină și jurisprudență*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 948.
- <sup>33</sup> Pentru detalii, vezi *infra* 4.2.

- <sup>34</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 321. Pentru o opinie critică, vezi și C. Chirică, *lucr. cit.*, pp. 44- 45. Autoarea este de părere că cerința cunoașterii lipsei discernământului de către cocontractant este greșită, fiind suficientă probarea existenței bolii psihice la momentul anterior punerii sub interdicție.
- <sup>35</sup> Art. 1349 alin. 1 prevede îndatorirea avută în vedere în alin. 2: „Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane.”
- <sup>36</sup> Răspunderea pentru fapta proprie este o răspundere civilă subiectivă sau directă, deoarece i se impută făptașului care a săvârșit în mod nemijlocit și cu vinovăție fapta delictuală. Vezi P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 606.
- <sup>37</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 607: „Substanțial, capacitatea delictuală nu este decât o altă expresie pentru a desemna discernământul [...]”. Pentru detalii, vezi *infra* 4.3.
- <sup>38</sup> Doctrina recentă a susținut ideea că nu este suficientă doar o alterare a discernământului, „în condițiile în care textul legal invocă expers pierderea totală a acestuia”. Vezi Fl.A. Baiaș și colab., *op. cit.*, p. 1429.
- <sup>39</sup> Problema minorității pune mai puține probleme din perspectiva problematicii discernământului, principalul criteriu de referință fiind vârsta și nu starea mintală a persoanei în cauză. S-a susținut în doctrină ideea că în ceea ce privește discernământul minorului, acesta este în mod firesc pus la îndoială, fiind încă în dezvoltare. Pentru detalii, vezi E. Florian, *op. cit.*, p. 25.
- <sup>40</sup> Lipsa discernământului – Codul civil prevede cauze patologice precum alienația/debilitatea mintală, tulburarea psihică sau handicapul psihic, dar și tulburarea minții din cauze non-patologice și/ sau temporare.
- <sup>41</sup> Lat., *status libertatis, status civitatis și status familiae*. Apud V. Hanga, M.D. Bob, *Curs de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 115.
- <sup>42</sup> C. Stoicescu, *Curs elementar de drept roman (Edițiunea a III-a reziuită și adăogită, București, 1931)*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 73.
- <sup>43</sup> C.S. Tomulescu, *Manual de drept privat roman*, Litografia și Tipografia Învățăământului, București, 1958, p.486. V. Hanga, M.D. Bob, *op. cit.*, p. 115.
- <sup>44</sup> *Idem*, p. 152.
- <sup>45</sup> C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 129.
- <sup>46</sup> *Idem*, p. 130.
- <sup>47</sup> *Ibidem*..
- <sup>48</sup> V. Hanga, M.D. Bob, *op. cit.*, p. 153.
- <sup>49</sup> *Idem*, p. 158.
- <sup>50</sup> \*\*\* *Instituțiile lui Iustinian*, trad. și note de V. Hanga și M.D. Bob, Universul Juridic, București, 2009, p. 81.
- <sup>51</sup> C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 119.
- <sup>52</sup> S-a susținut în doctrina românească clasică faptul că, în dreptul roman, risipitorii erau de fapt inteziși, iar nebunii erau doar incapacitați sub instituția curatelei. Argumentul utilizat a fost acela că risipitorii nu erau smintiți, pentru că nu conta după cum erau sau nu lucizi, pe când în cazul acestora din urmă actul încheiat într-un moment de luciditate era perfect valabil în dreptul roman. Pentru detalii, vezi D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul III, partea I, Socec & Co., București, 1909, pp. 2-3.
- <sup>53</sup> C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 133. Vezi și pentru o dezbateră pe larg a instituției curatelei din perspectiva categoriilor de persoane pe care le viza.
- <sup>54</sup> Textul original al Codului civil de la 1864 conținea mețiuni exprese privitoare la risipitori în art. 458, prevederi abrogate abia o dată cu Decretul nr. 32/1954. Credem că această categorie desemna, cel puțin în parte, acele persoane cu probleme psihologice manifestate la nivel comportamental, care sunt mai puțin susceptibile să afecteze discernământul (ex., jocul patologic de noroc, comportamente compulsive, afinitate pentru asumarea riscului ca trăsătură de personalitate).

- <sup>55</sup> \*\*\**Inst.*, p. 81.
- <sup>56</sup> *Ibidem.* Lat., *mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant.*
- <sup>57</sup> Vezi C. Stoicescu, op. cit., pp. 130-131. Profesorul Stoicescu a notat principalele distincții și controverse doctrinare în jurul formulelor lingvistice alese de jurisconsulții romani pentru a desemna categoria eterogenă a persoanelor afectate mintal, în diferite grade.
- <sup>58</sup> În sens contrar, s-a susținut în doctrina clasică românească faptul că *mente captis* ar desemna persoanele „slabe de minte”, adică acele persoane care nu puteau să își gestioneze averea, dar nici nu îndeplineau condițiile pentru punerea sub interdicție. D. Alexandresco, op. cit., Tom III, partea I, p. 81. Vezi și C. Stoicescu, op. cit., pp. 130-131.
- <sup>59</sup> \*\*\**Inst.*, p. 11.
- <sup>60</sup> V. Hanga, M.D. Bob, op. cit., p. 134.
- <sup>61</sup> \*\*\**Inst.*, p. 49.
- <sup>62</sup> Pentru detalii, vezi V. Hanga, M.D. Bob, op. cit., p. 135.
- <sup>63</sup> M.D. Bocșan, *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman.* Lumina Lex, București, 2000, p. 42.
- <sup>64</sup> \*\*\* *Inst.*, pp. 156- 157. Lat., *Pretera testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est.*
- <sup>65</sup> *Ibidem.* Lat., *furiosi, quia mente carent.*
- <sup>66</sup> Pentru detalii, vezi D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente.* Ed. Rosetti, București, 2003, p. 139, nota de subsol nr. 2.
- <sup>67</sup> \*\*\* *Inst.*, pp. 292, 295. Lat., *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit.*
- <sup>68</sup> *Idem*, p. 295.
- <sup>69</sup> Cu alte cuvinte, nebunii nu pot testa pentru că nu sunt sănătoși la minte...adică, nebuni (!).
- <sup>70</sup> Absența sănătății mintale îl pune pe nebun în imposibilitatea de a evalua acurat faptele sale.
- <sup>71</sup> Probabil că tocmai această suprapunere conceptuală a generat o controversă doctrinară în dreptul nostru cu privire la noțiunea de incapacitate naturală, susținută de profesorul Mihail Eliescu. Pentru detalii, vezi *infra* 4.
- <sup>72</sup> În cazul Transilvaniei, extinderea aplicării Codului de la 1864 s-a făcut succesiv. Prin Decretul-Lege nr. 389 din 21 iunie 1943 (textul corectat a apărut în M. Of. Nr. 146 din 26 iunie 1943), extinderea prevederilor Codului civil de la 1864 s-a făcut în Transilvania, exceptând Ardealul de Nord, care fusese preluat de Ungaria prin Dictatul de la Viena din 1940. Ulterior, prin Legea nr. 241 din 12 iulie 1947 (M. Of. Nr. 157 din 12 iulie 1947), s-a extins aplicarea Codului și la teritoriul Ardealului de Nord, recuperat în urma Tratatului de Pace de la Paris (1947).
- <sup>73</sup> Pentru un comentariu critic cu privire la etapele și contextul istoric care au definit elaborarea Codului civil, dar și sursele de „inspirație” care au fost avute în vedere, vezi M.D. Bocșan, *Redactarea Codului civil român din 1865*, *Studia Iurisprudentia*, nr. 1/2003, pp. 72-75; M.D. Bocșan, *Problema codificării civile în România – repere pentru revizuirea Codului civil (I)*, *Pandectele Române*, nr. 1/2003, pp. 170-182.
- <sup>74</sup> Cum ar fi proiectul de Cod civil italian, Legea ipotecară belgiană din 1851 sau Legea franceză privind transcripțiunea din 1853, *apud* I. Predescu, *Elogiu codului civil*, *Revista de Științe Juridice* nr. 1/2006, pp. 1-9.
- <sup>75</sup> *Ibidem.*
- <sup>76</sup> D. Alexandresco, (prefață, p. IX) în \*\*\**Codul Caragea* (introducere și adnotări de I. Palade), Ed. Librăriei „Leon Alcalay”, București, 1907.
- <sup>77</sup> *Idem*, p. VIII. Din doctrina străină (germană; Codul Calimach era inspirat după Codul austriac), D. Alexandresco îl menționează pe Zachariae von Liegenthal în lucrarea sa privind Istoria dreptului greco-roman, publicată în 1877 la Berlin. Motivul pentru care Codul Calimach era considerat superior Codului Caragea era acela că fusese bine conceput, nefiind vorba doar de o teorie abstractă, ci o codificare a

- dreptului obișnuit. În același sens, vezi și C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. „Națională”, București, 1928, pp. 30-31.
- <sup>78</sup> I. Palade (introducere) în \*\*\**Codul Caragea...*, p. XXXI.
- <sup>79</sup> \*\*\**Codul Caragea...*, p. 6. Punctul trei, în secțiunea intitulată „Întâia parte. Pentru obraze”.
- <sup>80</sup> G. Plastara, *Curs de drept civil român*, vol. I, Ed. „Cartea Românească”, București, 1925, p. 485
- <sup>81</sup> Pentru o dezbatere extensivă pe marginea acestui subiect, vezi \*\*\**Codul Calimach*. Ediție critică coordonată de A. Rădulescu. Ed. Academiei R.P.R., București, 1958, pp. 17-26.
- <sup>82</sup> \*\*\**Codul civil general austriac*, Trad. de I. Corjescu, Imprimeria Statului, București, 1921.
- <sup>83</sup> Lat., *ira furror brevis*.
- <sup>84</sup> Ideea a fost susținută și în doctrina clasică. D. Alexandresco, în lucrarea sa de analiză a Codului civil de la 1864 (Tomul 3, partea 1, p. 5), susținea că: „Furia (furor) este starea demenței în cel mai mare grad, care împinge pe om la *acte periculoase* atât pentru dânsul, cât și pentru semenii săi”.
- <sup>85</sup> În art. 566 (Cal. 725) se prevedea că cine pretindea că testatorul care își pierduse uzul facultăților mintale ar fi fost „în deplinătatea minții sale” la momentul testării, era dator să dovedească acest lucru.
- <sup>86</sup> Confuzia între capacitate și discernământ o găsim și în materie contractuală, unde se prevedea la art. 865 că „cine nu are uzul rațiunii” era incapabil de a contracta, însă dacă persoana respectivă era pusă sub ocrotirea unui curator, aceasta putea să se angajeze doar în acele contracte care îi erau favorabile.
- <sup>87</sup> Prin trăsături esențiale înțelegem principalele domenii de incidență a problematicii discernământului, efecte juridice atașate lipsei de discernământ, prezumții care operează în anumite cazuri și pentru anumite categorii de persoane etc..
- <sup>88</sup> D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Ediția a II-a (lucrare editată în 15 volume).
- <sup>89</sup> Vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 135; D. Chirică, *op. cit.*, pp. 134-139. Pentru detalii, vezi *infra* 4.1 și 4.2.
- <sup>90</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul V, p. 25.
- <sup>91</sup> Cu toate acestea, nu toate exemplele din doctrina actuală sunt valide (vezi *infra* 4.1) - s-a preferat simpla preluare a acestora din doctrina mai veche. În acest sens, M. Eliescu preciza: „legatul făcut de un alienat sau de un slab de minte neinterzis, sau de o persoană în stare vremelnică de inconștiență, din cauza bolii, a *hipnozei*, a *beției alcoolice*, a celei provocate prin stupefianțe sau a altor asemenea cauze” (în *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966, p. 161).
- <sup>92</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 138.
- <sup>93</sup> Acest argument al „evidentului faptic” ni se pare insuficient la ora actuală, în special în cazul persoanelor considerate „nebune”, care cunosc diferite grade de afectare a capacității intelectuale.
- <sup>94</sup> Vezi *supra* 2.
- <sup>95</sup> Clarificăm pe scurt modul în care erau ocrotite persoanele care nu beneficiau de uzul rațiunii. În primul rând era interdicția judecătorească, o interdicție *totală* care opera pentru persoanele lipsite în mod continuu de discernământ, din diferite cauze (tulburări mintale de o anumită gravitate). Apoi, se institua consiliu judiciar, care opera ca o interdicție *parțială*, în cazul risipitorilor și a celor „slabi de minte”. D. Alexandresco a criticat această reglementare, datorită cauzelor distincte pentru care se dispunea măsura – un risipitor avea discernământul faptelor sale, pe când unui „slab de minte” deseori îi lipsea. *Op. cit.*, Tomul III, partea I, p. 79 și urm.
- <sup>96</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, Tomul IV, partea I, pp. 29- 30.
- <sup>97</sup> Pentru descrierea și analiza completă a speței, vezi M.D. Bocșan, *Practică testamentară – jurisprudență română 1865 – 2002. Ediția a II-a*, Ed. „Rosetti”, București, 2003, pp. 262-274.
- <sup>98</sup> *Idem*, p. 274.

- <sup>99</sup> Pentru o analiză pe marginea acestui subiect, vezi *infra* 4.1 și 4.2.
- <sup>100</sup> Întreaga secțiune care reglementa interdicția a fost abrogată o dată cu intrarea în vigoare a Codului familiei în 1953.
- <sup>101</sup> Pentru o dezbatere, vezi D. Alexandresco, *op. cit.*, Tomul III, partea I, p. 57 și urm.
- <sup>102</sup> C. Munteanu, *lucr. cit.*, p.137.
- <sup>103</sup> *Idem.*, p. 136.
- <sup>104</sup> E. Lupan, M. Răchită, D. Popescu, *Drept Civil. Teoria generală: Curs*. Cluj-Napoca, 1991, p. 141; E. Lupan, *Drept civil. Partea generală: Curs*. Cluj-Napoca, 1995, pp. 155-156.
- <sup>105</sup> E. Lupan, *op. cit.*, p. 155.
- <sup>106</sup> I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, pp. 134.
- <sup>107</sup> În același sens, vezi O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele – în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 133.
- <sup>108</sup> A se vedea, G. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 144; I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 135.
- <sup>109</sup> *Apud* E. Lupan, *op. cit.*, p. 162. Vezi și E. Lupan și colab., *op. cit.*, p. 150.
- <sup>110</sup> Vezi G. Boroi, L. Stănculescu, *Drept civil. Curs selectiv pentru licență*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 54.
- <sup>111</sup> I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 135.
- <sup>112</sup> *Ibidem.*
- <sup>113</sup> Engl., *mental capacity*. De exemplu, vezi A. Buchanan (2004). *Mental capacity, legal competence and consent to treatment*, Journal of the Royal Society of Medicine 98, pp. 415-420.
- <sup>114</sup> Engl., *legal competence*. Echivalentul capacității de exercițiu; utilizat în literatura anglo-americană.
- <sup>115</sup> Unii autori au tratat cele două noțiuni ca sinonime. Vezi O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 121. Un aspect interesant pe care l-am remarcat a fost că autori care au criticat noțiunea de incapacitate naturală în contextul analizării relației dintre discernământ și capacitate de exercițiu, s-au prevalat ulterior de această sinonimie în analiza problematicei consimțământului. Vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, pp. 487-488.
- <sup>116</sup> G. Boroi, L. Stănculescu, *op.cit.*, p.54. De asemenea, vezi și E. Lupan, *op. cit.*, p. 162; G. Beleiu, *op. cit.*, p. 150.
- <sup>117</sup> Vezi M.T. Orne (1959). *The nature of hypnosis: Artifact and essence*. Journal of Abnormal and Social Psychology 58, pp. 277-299; Orne, M.T. (1979). *The use and misuse of hypnosis in court*. International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis 27, pp. 311-341.
- <sup>118</sup> P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 321. În același sens, vezi și I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 488.
- <sup>119</sup> G. Boroi, C.A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 139.
- <sup>120</sup> O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 122-123.
- <sup>121</sup> *Idem*, p. 122. În același context s-a reiterat și vechea noțiune de „incapacitate de fapt”; vezi *supra* 3.1.
- <sup>122</sup> *Ibidem.*
- <sup>123</sup> *Ibidem.*
- <sup>124</sup> Pentru detalii, vezi *infra* 4.2.
- <sup>125</sup> D. Chirică, *op. cit.*, pp. 135-139.
- <sup>126</sup> *Idem*, p.137.
- <sup>127</sup> M. Eliescu, *Devoluțiunea...*, p. 159.
- <sup>128</sup> C. Chirică, *lucr. cit.*, p. 47.
- <sup>129</sup> *Idem*, pp. 47- 48. Testamentul este un act strict personal, prin urmare exclude ideea de asistare sau reprezentare.

- <sup>130</sup> Art. 43 alin. 3: „[...] persoana lipsită de capacitatea de exercițiu poate încheia singură actele anume prevăzute de lege, actele de conservare, precum și actele de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la momentul încheierii lor”. Darurile manuale sunt un exemplu dat în doctrină pentru categoria „acte anume prevăzute de lege”. *Apud* C. Chirică, *lucr. cit.*, p. 45.
- <sup>131</sup> Vezi *supra* 4.1. Discernământul nu poate fi categorizat (i.e., există sau nu), ci mai degrabă se manifestă pe un continuum.
- <sup>132</sup> O variantă inițială a fost propusă de Traian Ionașcu în: (vol. Colectiv), *Tratat de drept civil*, vol. I, Ed. Academiei R.S.R., București, 1967, pp. 262-264.
- <sup>133</sup> În același sens, vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 488.
- <sup>134</sup> G. Beleiu, *op. cit.*, p. 149; G. Boroi, C.A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 138.
- <sup>135</sup> E. Lupan, *op. cit.*, p. 162.
- <sup>136</sup> T. Ionașcu în: (vol. Colectiv), *op. cit.*, p. 263.
- <sup>137</sup> Vezi *supra* 2 pentru un comentariu pe marginea acestei reglementări, din perspectiva Codului civil actual.
- <sup>138</sup> T. Ionașcu în: (vol. Colectiv), *op. cit.*, p. 263.
- <sup>139</sup> De exemplu: Î.C.C.J. Decizia civilă nr. 3255/2005 *apud* P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 321. În cuprinsul deciziei: „lipsa discernământului în exprimarea voinței nu relevă inexistența consimțământului, ci un simplu viciu al acestuia, care nu atrage decât nulitatea relativă a actului”. Text integral aici: <http://www.scj.ro>.
- <sup>140</sup> Vezi *supra* 2. pentru un comentariu pe marginea acestui articol de lege.
- <sup>141</sup> T. Bodoașcă, S.O. Nour, I. Maftei, *Drept civil. Partea generală. Subiectele dreptului civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 93.
- <sup>142</sup> *Ibidem*.
- <sup>143</sup> În același sens, vezi P. Vasilescu, *op. cit.*, pp. 320- 321.
- <sup>144</sup> I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 423.
- <sup>145</sup> Notăm că această abordare a fost preluată de către legiuitor în actuala reglementare. Vezi art. 1204 Cod civil: „Consimțământul părților trebuie să fie serios, liber exprimat și în cunoștință de cauză”.
- <sup>146</sup> Calitățile voinței interne: să fie liberă și conștientă, să fie animată de intenția de a produce efecte juridice și să fie exteriorizată. *Idem*, pp. 425-426.
- <sup>147</sup> *Idem*, p. 426; P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 321.
- <sup>148</sup> E. Florian, *op. cit.*, pp. 22-23. Autoarea face referire la condiția existenței consimțământului în materia căsătoriei.
- <sup>149</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 138.
- <sup>150</sup> *Idem*, p. 139.
- <sup>151</sup> *Idem*, pp. 137-138.
- <sup>152</sup> Vezi *supra* 3.3.1.
- <sup>153</sup> Noțiunea de capacitate delictuală este o creație doctrinară. Vezi, M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972, pp. 225-229.
- <sup>154</sup> *Ibidem*.
- <sup>155</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 607.
- <sup>156</sup> L.B. Boilă, *Vinovăția, fundament al răspunderii civile în ambele sale forme, în textele Noului cod civil, ca și în ale celui precedent*, în *Dreptul* nr. 1/2012, p. 174.
- <sup>157</sup> S-a susținut în contextul vechii reglementări că ar fi de dorit ca legiuitorul să nu folosească alternativ termenii de culpa și vinovăție, vezi L.R. Boilă, *Culpa – eterna doamnă a răspunderii civile delictuale*, în R.R.D.P. nr. 2/2010, p. 35. Din păcate, legiuitorul a ignorat motivele pentru care a recurs în primă instanță la preluarea termenului din dreptul penal (cuprinde atât ideea de intenție, cât și cea de culpă), dând dovadă de inconsecvență prin utilizarea celor doi termeni ca sinonime. Vezi L. Pop, *Contribuții la studiul obligațiilor civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 439-440.

<sup>158</sup> L.B. Boilă, *lucr. cit.*, p. 166. Pentru detalii privind criteriile de apreciere a culpei, vezi L.R. Boilă, *lucr. cit.*, pp. 55-58.

<sup>159</sup> L.R. Boilă, *lucr. cit.*, pp. 38-39.

<sup>160</sup> L. B. Boilă, *lucr. cit.*, p. 175.

<sup>161</sup> A. Tamba, *Izvorul obligației persoanei lipsite de discernământ de a repara prejudiciul pe care l-a cauzat: „Culpa fără imputabilitate” sau echitatea?* în R.R.D.P. nr. 6/2007, p. 203.

<sup>162</sup> S. Gherdan, *Răspunderea delictuală „subsidiară”* în Pandectele Române nr. 6/2012, pp. 96-97.

<sup>163</sup> *Idem*, pp. 105-107. Vezi pentru o dezbateră privind neconstituționalitatea acestei prevederi.

<sup>164</sup> *Idem*, p. 113.

<sup>165</sup> *Idem*, p. 113-114.