Yearbook of the George Barițiu History Institute of Cluj-Napoca
Series *Humanistica*

ISSN 1584-4404

humanistica.ro

Considerații practice asupra discernământului în dreptul civil român

Raluca D. Szekely-Copîndean

How to cite this article:
Szekely-Copîndean, Raluca D. (2019) *Considerații practice asupra discernământului în dreptul civil român*, Yearbook of the George Barițiu History Institute of Cluj-Napoca, Series Humanistica, Vol. 17, pp. 255–268.
DOI: 10.5281/zenodo.22966773

© 2019: The Publishing House of the Romanian Academy.
Humanistica Yearbook is published online since 2003.
Submit your article to Humanistica Yearbook: secretariat.dcsu@acad-cj.ro

CONSIDERAȚII PRACTICE ASUPRA DISCERNĂMÂNTULUI ÎN DREPTUL CIVIL ROMÂN

Raluca D. Szekely-Copîndean

Institutul de Istorie „George Barițiu”, din Cluj-Napoca
Departamentul de Cercetări Socio-Umane

Abstract. *PRACTICAL CONSIDERATIONS ON DISCERNMENT IN ROMANIAN CIVIL LAW. The concept of discernment refers to a factual psychological state, to which the legislator has attached a series of legal consequences. In Civil Law, finding out whether a person has discernment is a sine qua non premise for establishing whether they have civil competence, consent or delictual responsibility. However, in practice, it is far more difficult to establish whether a person has discernment. We offer a critical analysis of the concept of discernment through the issue of mental disability, as legal cause for lack of discernment, arguing that discernment is a fluid concept (i.e., there are degrees of discernment). Mental disability represents a heterogenous category of causes affecting discernment; the more problematic situations are the ones in which mental abilities are only partially affected (i.e., temporary states, certain mental disorders). As consequence, people who have reduced discernment may escape the legal protection that is enforced in people who completely lack discernment. We discuss practical implications and potential solutions.*

Discernământul este o stare de fapt psihologică (Belu, 2006; Boroi & Anghelescu, 2012, p. 138-139), care dobândește valențe juridice în dreptul civil datorită integrării sale în constructe juridice de bază, cum ar fi capacitatea de exercițiu, consimțământul sau capacitatea delictuală (Szekely, 2013). Fiind o stare de fapt, analiza juridică a discernământului a fost relativ limitată în doctrină, care s-a focalizat pe analiza stărilor de drept în structura cărora intră și discernământul. De asemenea, termenul de *discernământ* este menționat expres în Codul Civil mai ales în planul excepțiilor, reglementându-se consecințele juridice ale acelor situații în care se constată lipsa discernământului (pentru o analiză, vezi Szekely, 2013). Un exemplu este însăși definiția discernământului, în sensul Codului civil. În articolul 211 din Legea 71/2011 pentru punere în aplicare a Legii 289/2009 (Codul civil), se specifică faptul că „prin expresiile de alienație sau debilitate mintală se înțelege o boală psihică sau un handicap psihic ce determină *incompetența psihică a*

Anuarul Inst. de Istorie „G. Barițiu” din Cluj-Napoca, Series Humanistica, tom. XVII, 2019, p. 255-268

persoanei de a acționa critic și predictiv privind consecințele social-juridice care pot decurge din exercitarea drepturilor și obligațiilor civile" (s.n.). Acest articol este menit să ofere un înțeles conceptelor de alienație sau debilitate mintală, în calitate de cauze de lipsă a discernământului. Pornind de la acest articol, se poate deduce înțelesul dat de legiuitor conceptului de discernământ (i.e., *competența „psihică* de a acționa critic și predictiv […]"; vezi și Boroi & Anghelescu, 2012, p. 138). În consecință, o analiză critică a problematicii discernământului în dreptul civil poate fi făcută prin prisma tulburărilor mintale – cauze de lipsă a discernământului.

Absența discernământului, chiar și pentru o perioada scurtă de timp, poate genera o serie de probleme în plan juridic, în special în cazul implicării persoanei lipsite de discernământ în varii raporturi juridice. Analiza juridică a cazurilor în care discernământul poate fi afectat a rămas într-o fază rudimentară până în zilele noastre. Majoritatea doctrinei s-a limitat la a prelua o serie de enumerări din doctrina clasică, fără a problematiza validitatea unor cazuri (de exemplu, hipnoza, somnambulismul; pentru o analiză istorică, vezi Szekely, 2013). Faptul că acest domeniu de analiză a fost lăsat în mare parte neexplorat poate constitui un indiciu că, din punct de vedere juridic, este mai puțin importantă cauza care a generat diminuarea discernământului. Cu toate acestea, dorim să investigăm acele cazuri de lipsă a discernământului care pot genera unele dificultăți în practică. În acest sens, restrângem sfera de analiză la tulburările mintale, deoarece acestea constituie o categorie de cazuri eterogenă și mai puțin abordată în doctrina juridică.

Lipsa discernământului ca efect al tulburărilor mintale a fost dezbătută în special în domeniul științelor penale, sub cupola discuțiilor despre conceptul de „responsabilitate atenuată" (Buda & Drima, 2009). Acest concept este acceptat în legislațiile franceză, britanică, germană sau americană, dar nu și în cea română. Introducerea unei astfel de noțiuni a fost justificată de imposibilitatea tragerii la răspundere (în plan civil sau penal) în aceeași măsură a persoanelor sănătoase din punct de vedere psihic și a celor cărora discernământul le este afectat. Responsabilitatea atenuată a fost definită în raport cu diminuarea capacității psihice de înțelegere a conținutului și consecințelor care decurg din producerea unui act vătămător (Buda & Drima, 2009, p. 307). În plan penal, discuția capătă alte valențe, datorită importanței stării mintale a persoanei (i.e., intenție, praeterintenție, culpă) în stabilirea încadrării juridice și a pedepsei. În plan civil însă acest lucru este mai puțin relevant. De pildă, răspunderea civilă delictuală are ca scop repararea prejudiciului; vinovăția civilă a persoanei lipsite de discernământ a devenit nerelevantă în contextul introducerii în Codul civil a art. 1368 privind obligația subsidiară de indemnizare a victimei.

Analiza cazurilor în care discernământul poate fi afectat din motive de sănătate mintală este însă relevantă în relație cu celelalte două instituții de drept civil strâns legate de conceptul de discernământ – capacitatea și consimțământul. În relație cu capacitatea, discernământul este important mai mult în măsura stabilirii

prezenței sau absenței lui. O problemă în legătură cu acest aspect este imposibilitatea de a oferi ocrotire acelor categorii „intermediare", cărora le este afectat discernământul, dar care nu cumulează condițiile necesare pentru punerea sub interdicție. În relație cu consimțământul, discernământul trebuie să existe la momentul acordării consimțământului, sub sancțiunea anulabilității. Problema care derivă din această regulă se referă la determinarea existenței discernământului. Cu excepția interdicției judecătorești, determinarea absenței discernământului trebuie să vizeze momentul acordării consimțământului. De asemenea, este necesară stabilirea unui raport de cauzalitate între absența discernământului și imposibilitatea acordării consimțământului valabil (de exemplu, la întocmirea testamentului).

ASPECTE TERMINOLOGICE: ALIENAȚIE/DEBILITATE VERSUS TULBURARE MINTALĂ

Înaintea analizei aspectelor practice relaționate cu absența discernământului ca efect al tulburărilor mintale, dorim să ne oprim asupra terminologiei utilizate de legiuitor. Atunci când vorbim despre sistemele actuale de ocrotire a persoanelor care suferă de diferite infirmități, tutela și curatela sunt două modalități concrete în care se poate realiza acest lucru (vezi Jugastru, 2016). Codul civil actual prevede în art. 106 alin. 2 că ocrotirea majorului se face prin *punere sub interdicție judecătorească* sau prin instituirea curatelei (când acesta are discernământ). Denumirea celei dintâi forme de ocrotire pune câteva probleme, deoarece, așa cum s-a remarcat și în doctrină (Chirică, 2012), este total anacronică, fiind în mare parte similară cu măsura pe care o instituia Codul familiei în 1953. Măsura punerii sub interdicție judecătorească este, în fond, o tutelă a majorului care nu are *discernământul necesar* pentru a-și gestiona propriile interese. Mai mult, atât persoana pusă astfel sub interdicție, cât și familia sa riscă să fie stigmatizate în societate. Faptul că o persoană este numită *interzisă*/*alienată/debilă mintal* este de natură să crească gradul de excludere socială și profesională a acesteia. De aceea, alte state (de exemplu, Franța, Provincia Québec) au eliminat denumirea de punere sub interdicție, optând pentru tutelă și curatelă, adică pentru ceea ce presupune de fapt această măsură.

Cu toate că legiuitorul nostru nu a fost consecvent în adoptarea unei terminologii unitare în materia problemelor de sănătate mintală (Szekely, 2013), în cazul punerii sub interdicție s-a dorit consacrarea termenilor alienație, respectiv, debilitate mintală. Dispunerea măsurii interdicției judecătorești se face doar pentru acele cazuri în care discernământul este considerat a fi grav afectat. În doctrină s-au încercat o serie de clarificări în ceea ce privește terminologia utilizată de legiuitor. Astfel, cele două noțiuni au fost catalogate ca stări exclusive de discernământ (Romoșan, 2012, p. 59). Într-o opinie, s-a precizat că distincția dintre cele două noțiuni ar consta în aceea că alienația mintală este o stare dobândită, instalându-se

pe parcursul vieții, iar debilitatea mintală este dată de afecțiuni existente încă de la momentul naşterii (Florian, 2011, p. 44). Totuşi, doctrina nu este unanimă în privința terminologiei şi înțelesului dat celor două noțiuni. De pildă, unii autori au invocat deciziile fostului Tribunal Suprem[1] pentru a susține că, în fond, debilitatea ar fi o formă a alienației mintale (Bodoaşcă, Nour & Maftei, 2010). Mai mult, aceştia au argumentat că utilizarea ambelor noțiuni ar constitui o exprimare pleonastică, fiind o formulare neștiințifică din partea legiuitorului.

În opinia noastră, nu originea (dobândită/înnăscută) stării de tulburare mintală ar trebui să conteze, ci gradul de afectare a discernământului. Legea 487/2002 a sănătății mintale şi a protecției persoanelor cu tulburări psihice prevede în art. 15 că diagnosticul psihiatric se formulează conform clasificării Organizației Mondiale a Sănătății (i.e., International Classification of Diseases; ICD-11). Din acest motiv, rapoartele de expertiză psihiatrică medico-legală nu ar trebui să includă termenii alienație sau debilitate mintală, ci terminologia specifică psihiatriei. Prin urmare, credem că ar fi fost de preferat ca legiuitorul să fi folosit un termen mai generic – acela de *tulburare psihică/mintală (foarte gravă)*.

Legea 487/2002 distinge în art. 5 lit. a) şi b) între noțiunile de tulburare psihică şi tulburare psihică (i.e., mintală) gravă. Notăm faptul că legea menționată prevedea, în locul termenului de „tulburare psihică gravă", sintagma „bolnavi psihici periculoşi". Această modificare terminologică a survenit după ce Organizația Mondială a Sănătății a propus termenul de „tulburare mintală" ca alternativă la termenul de boală mintală. Adoptarea unei terminologii mai puțin degradante este un prim pas înspre ridicarea stigmatului plasat asupra acestor persoane (Munteanu, 2007, p. 137)[2]. Prin persoană cu tulburări psihice „se înțelege persoana cu dezechilibru psihic sau insuficient dezvoltată psihic ori dependentă de substanțe psihoactive, ale cărei manifestări se încadrează în criteriile de diagnostic în vigoare pentru practica psihiatrică" (art. 5 lit. a)). Articolul 5 lit. b) prevede că prin persoană cu tulburări psihice *grave* „se înțelege persoana cu tulburări psihice care *nu este în stare să înțeleagă semnificația şi consecințele comportamentului său*, astfel încât necesită ajutor psihiatric imediat".

În concluzie, terminologia utilizată de legiuitor în Codul civil, deşi proprie ştiințelor juridice, nu este aliniată standardelor internaționale instituite de Organizația Mondială a Sănătății. Un indiciu în acest sens este faptul că Legea 487/2002, care a parcurs deja o aliniere terminologică, nu face trimiteri la termenii alienație/debilitate mintală, deşi face referiri la procedura punerii sub interdicție. În opinia noastră, ar fi fost de preferat termenul de tulburare mintală (gravă sau foarte gravă), deoarece ar fi permis o etichetare adecvată a gradului de absență a discernământului. De asemenea, un astfel de termen ar fi fost mai puțin degradant, dar şi în linie cu tendințele terminologice curente.

[1] A se vedea, Tribunalul Suprem, Secția Penală, decizia nr. 57/1975, în C.D. 1975, p. 314 şi decizia nr. 1357/1980, în C.D. 1980, p. 226. *Apud* Bodoaşcă, Nour, & Maftei (2010, p. 236).

[2] Vezi şi Pactul European pentru sănătate mintală şi bunăstare, Bruxelles, 2008; unul dintre domeniile prioritare de acțiune este combaterea stigmatului şi excluziunii sociale.

PIERDEREA GRADUALĂ A DISCERNĂMÂNTULUI: ÎNTRE AUTONOMIE ȘI OCROTIRE

Problema situației juridice a persoanelor care suferă de anumite tulburări mintale a început să fie discutată relativ recent în literatura noastră, însă mai puțin de către doctrina juridică dedicată dreptului civil. Probabil că și în cazul acesta, dreptul a manifestat o oarecare inerție, care a reținut legiuitorul și doctrina să alinieze (cel puțin, s.n.) terminologia utilizată cu standardele agreate la nivel european și internațional. După părerea noastră, problema întrece numai parțial domeniul de interes al juriștilor, deoarece implicațiile unei stări de fapt cum este tulburarea mintală pot avea o serie de ramificații juridice importante. Perspectiva practică asupra valențelor juridice ale discernământului o putem obține în urma analizei problematicii conexe, cum ar fi dificultățile asociate cu procedura de stabilire a discernământului unei persoane.

În mod corect, s-a subliniat în doctrină (Munteanu, 2007, p. 57) că persoanele cu discernământ diminuat nu beneficiază de ocrotire, fiind o categorie intermediară între cei lipsiți total de capacitate de exercițiu (interzișI) și cei cărora nu le este deloc afectată capacitatea (sub curatelă). De aceea, s-a afirmat că ar fi fost de dorit ca, în alegerea măsurii de ocrotire, să se aibă în vedere, după modelul francez sau cel canadian[3], *criteriul aptitudinii concrete* a persoanei de a se îngriji de interesele sale. O intenție a legiuitorului nostru de a remedia soluția drastică a interdicției poate fi observată în articolul 42 alin. 1 și 43 alin. 3 C. civ., în care sunt prevăzute categoriile de acte juridice pe care le poate încheia persoana lipsită de capacitate de exercițiu. Credem că legiuitorul a avut în vedere situațiile în care, deși discernământul persoanei puse sub interdicție este afectat, există anumite acte juridice pe care aceasta le poate înțelege. Cu toate acestea, tendința centrală este de a generaliza situația psihică a unei persoane, iar acest lucru poate avea un impact semnificativ asupra modului în care aceasta este percepută ca participant la viața juridică. În literatura juridică americană, s-a discutat problema „miturilor legale" (Qualls & Smyer, 2007, p. 6) privind capacitatea psihică a adulților în vârstă. Miturile legale sunt opinii jurisprudențiale deseori nefundamentate științific, care, în cazul persoanelor senescente, au condus la prezumarea implicită a unor dizabilități mintale. Un exemplu de mit (doctrinar, s.n.) găsim și în doctrina noastră, acela privind hipnoza ca o cauză a lipsei discernământului. În opinia noastră, aceste situații emerg, în principal, atunci când nu există o aliniere a științelor juridice cu alte științe, care evoluează într-un un ritm mult mai alert, cum sunt medicina, neuroștiințele și psihologia.

[3] De asemenea, chiar și Codul civil de la 1864 prevedea în mod expres, în art. 445, că, în cazul în care persoana nu îndeplinea cerințele pentru luarea măsurii interdicției, se putea institui un consiliu judiciar, care avea rolul de a asista pe cel „slab de minte"; cu alte cuvinte, se instituia o *interdicție parțială*.

În literatura medicală, s-a susținut recent că afecțiunile deteriorative, care generează alterări parțiale ale discernământului (i.e., în principal, în cazul persoanelor de vârsta a treia), pun o serioasă problemă de natură social-juridică (Buda & Drima, 2009, p. 307). Aceasta, pentru că asistăm la un proces de îmbătrânire a populației europene concomitent cu o creștere a numărului de persoane care reușesc să supraviețuiască unor patologii neurologice grave (i.e., datorită progreselor medicale din ultimele decenii[4]). Din acest motiv s-a susținut că, în curând, expertiza civilă va fi regula, iar cea penală, excepția. Cu toate acestea, ideea alterării parțiale a discernământului a fost discutată în contextul responsabilității atenuate și al implicațiilor sale civile. Am argumentat la începutul acestei secțiuni că este mai puțin relevantă latura responsabilității în contextul actualului Cod civil. Un aspect important însă este că o astfel de discuție, deschisă deja în Marea Britanie[5], a fost preluată și în literatura medicală autohtonă.

În prezent, medicina legală întâmpină dificultăți în privința stabilirii unui diagnostic precis pentru cazurile de demență, deoarece manualele după care se lucrează (i.e., clasificarea internațională a maladiilor, conform Organizației Mondiale a Sănătății) fac dificilă încadrarea nosologică. Demența poate fi încadrată atât în categoria tulburărilor mintale și de comportament (conform clasificării internaționale a maladiilor), cât și în categoria bolilor neurologice. De regulă, demența are origini vasculare sau origini senile (i.e., instalarea de plăci senile), iar această origine determină încadrarea nosologică. Medicul neurolog, care, de regulă, este primul care examinează pacientul, nu are competența de a pune un diagnostic psihiatric (demență). În literatura internațională, pentru evaluarea psihologică a cazurilor în care funcționarea creierului este afectată organic (i.e., prezintă unele leziuni/traumatisme), se apelează la neuropsiholog (Morgan, Marcopulos & Matusz, 2019). Din păcate, această profesie, care se află la intersecția dintre psihologie, psihiatrie și neurologie, nu este reglementată în țara noastră.

De asemenea, pacientul poate refuza un consult psihiatric, caz în care se va ajunge doar mai târziu în fața instanței. Debutul anumitor demențe poate trece neobservat, iar modificările comportamentale și afective vizibile se pot instala mult mai târziu. Aceasta se poate datora capacității compensatorii a creierului (de exemplu, fenomene de plasticitate cerebrală), dar și încercărilor de adaptare și/sau de „mascare" a acestor deficite de către pacient (vezi Buda & Drima, 2009, p. 308). Așadar, nu se poate pune semnul egalității între lipsa diagnosticului clinic, care

[4] În același sens, în unele forme de patologie mintală diagnosticată (de exemplu, depresia, schizofrenia), medicația și tratamentul psihologic sau psihiatric pot conserva discernământul unei persoane.

[5] În 2007, la inițiativa Asociației Medicale Britanice, a intrat în vigoare Mental Capacity Act 2005, în Anglia și Wales. Anterior acestei legi opera Mental Health Act (1983). Acest document oferă un cadru legislativ pentru persoane de peste 16 ani, care nu pot lua decizii singure, dar și pentru persoane care doresc să se pregătească pentru un moment din viitor, când ar putea să le lipsească capacitatea de a lua decizii.

poate justifica o măsură de ocrotire, și lipsa unei afecțiuni evidente la o evaluare medicală.

În mod justificat, s-a pus problema momentului în care ar trebui să fie instituite măsurile de ocrotire civilă în cazul persoanelor cu deteriorare cognitivă progresivă (Buda & Drima, 2009, p. 308)[6]. Reiterăm ideea absenței unor măsuri de ocrotire (în România, s.n.) a persoanelor care, deși au discernământul afectat, acesta nu este abolit, neputându-se justifica instituirea măsurii interdicției judecătorești. În același timp, odată instituită, măsura de ocrotire înlătură în mare parte orice formă de autonomie (juridică, financiară, socială etc.) pentru persoana în cauză. Curatela nu este, de asemenea, o soluție pentru această categorie de persoane, deoarece este necesar ca discernământul să nu fie afectat[7].

Literatura în cadrul sistemelor *common law* a abordat în detaliu acest subiect, datorită dificultăților de a găsi o soluție adecvată problemei enunțate. Una dintre soluțiile la care s-a ajuns a fost evaluarea discernământului ori de câte ori persoana urmează să se angajeze într-un act juridic pentru care capacitatea sa de exercițiu trebuie să fie intactă (i.e., să fie dublată de capacitatea psihică). Din această perspectivă, capacitatea este privită ca fiind dependentă de context și specifică pentru fiecare situație în parte[8]. O măsură apropiată de această perspectivă o găsim în legislația specială – Legea nr. 17 din 6 martie 2000, cu modificările și completările ulterioare, privind asistența socială a persoanelor vârstnice. În articolul 30 din această lege, se prevede posibilitatea pentru persoanele vârstnice (i.e., care au atins vârsta de pensionare, conform legii) de a beneficia de consiliere și asistență juridică din partea autorităților, în vederea efectuării unor acte de dispoziție. Un aspect interesant în legătură cu acest document legislativ este absența oricărei mențiuni privitoare la capacitatea de exercițiu sau la discernământul persoanelor vârstnice. Termenii preferați de legiuitor sunt autonomie (fizică, psihică, socială, financiară) și grade de dependență. Considerăm că aceste noțiuni sunt relativ apropiate de ideea contextualizării problematicii discernământului, tocmai prin aceea că vizează latura practică, facilitând luarea măsurilor de ocrotire adecvate.

O altă soluție a fost promovată odată cu intrarea în vigoare, în anul 2007, a Mental Capacity Act 2005, în Anglia și Wales. Soluția se referă la posibilitatea ca o persoană cu capacitate de exercițiu deplină să poată să ia o serie de decizii pentru viitor, în eventualitatea că își va pierde discernământul și/sau va fi declarată incapabilă (în engleză, *lasting power of attorney*). Soluția promovată a venit să înlocuiască măsura denumită *enduring power of attorney*, care viza, în sarcina persoanei desemnate,

[6] S-a arătat că doar o mică parte (10%) dintre persoanele diagnosticate cu o formă de demență au discernământul abolit. Deseori, instalarea unei forme severe de demență poate să se întindă pe parcursul mai multor ani.

[7] Vezi art. 178 lit. a) și b) C. civ. – cu toate că se face referire în acest articol la persoane vârstnice, se cere ca acestea să fie capabile. De asemenea, ocrotirea nu operează pentru acte juridice de dispoziție, în care capacitatea decizională trebuie să fie intactă.

[8] Astfel s-au născut o serie de discuții cu privire la tipurile de decizii juridice care reclamă evaluarea capacității de exercițiu și particularitățile fiecăreia. Pentru detalii, vezi Szekely (2013).

doar atribuții administrative (similar curatelei, s.n.). O soluție similară a fost promovată de legiuitorul francez, în Legea nr. 308/2007 privind reforma referitoare la protecția juridică a majorilor. Articolul 428 din legea amintită prevede, ca măsură de ocrotire judiciară a majorilor, mandatul pentru protecție viitoare (în franceză, *mandat de protection future*). Această măsură este similară celei engleze prin aceea că este indicată tocmai acelor persoane care suferă de o boală degenerativă, dar încă au discernământul necesar să dispună măsura.

Asemănător celor două măsuri amintite, Codul nostru civil prevede, în secțiunea referitoare la ocrotirea interzisului judecătoresc, la art. 166, posibilitatea persoanei cu capacitate de exercițiu deplină să desemneze persoana care urmează să îi acorde îngrijire în eventualitatea punerii sub interdicție. Codul civil actual a introdus ceea ce găsim în doctrină sub numele de „tutelă dativă" (Baias, Chelaru, Constantinovici & Macovei, 2012, p. 127), adică posibilitatea desemnării persoanei ocrotitorului de către beneficiarul măsurii de ocrotire. Această măsură este condiționată de prezența capacității depline de exercițiu și presupune încheierea unui act unilateral sau a unui contract de mandat în formă autentică, cerută *ad validitatem*. Cu toate acestea, măsura de ocrotire avută în vedere de legiuitor poate fi instituită numai înaintea apariției motivelor de lipsă a discernământului. Prin urmare, o persoană care nu a anticipat un eventual declin al discernământului, neîntocmind un astfel de act, nu va putea beneficia de măsura de ocrotire.

Extragem o concluzie generală în urma acestei dezbateri: ar fi fost de dorit ca legiuitorul nostru să fi instituit o măsură specială de protecție (intermediară, s.n.) a persoanelor cu discernământ diminuat. Dacă discernământul aflat în dezvoltare (i.e., minori) este ocrotit prin tutelă, credem că și discernământul aflat în declin ar merita atenția legiuitorului, prin instituirea unor măsuri de ocrotire specializate. Admitem însă că soluțiile găsite în cadrul altor sisteme de drept și, parțial, în sistemul de drept autohton au păstrat un echilibru între a nu lăsa persoana complet lipsită de autonomie juridică și a nu o lăsa complet neocrotită.

DISCERNĂMÂNTUL ȘI ABILITATEA DE A LUA DECIZII

În sistemul nostru de drept, capacitatea de exercițiu nu poate fi concepută ca fiind dependentă de context. Continuitatea prezumției discernământului intact este răsturnată eventual în instanță, prin proba contrară sau întreruptă prin instituirea prezumției de absență a discernământului. Efectul acestei perspective asupra instituției capacității de exercițiu este acela că ar fi aproape de neconceput ca aceeași persoană să fie inaptă total (incapabilă psihic) să ia anumite decizii, dar, în același timp, perfect aptă să ia alte tipuri de decizii. Viziunea conform căreia capacitatea juridică este dependentă de context o regăsim în sistemele de tip *common law*. Conform Mental Capacity Act 2005, o persoană este lipsită de capacitate *cu privire la o situație concretă* dacă la momentul respectiv se află în neputință de a lua o singură o decizie cu privire la situația respectivă din cauza unei dizabilități sau a unei tulburări în funcționarea minții sau

a creierului[9]. Observăm că legiuitorul englez nu distinge între noțiunea juridică și starea de fapt, capacitatea fiind același lucru cu discernământul. De asemenea, observăm necesitatea instituirii unui raport de cauzalitate între lipsa capacității și neputința de a lua decizii, datorată problemelor de natură mintală/cerebrală.

Pentru a fi considerată autonomă, o persoană trebuie să aibă o capacitate suficientă de a se îngriji de interesele sale. În fapt, chiar și o persoană fără capacitate de exercițiu poate să dobândească un anumit grad de autonomie pe anumite paliere din viața sa (de exemplu, alimentație, igienă personală etc.). O aptitudine fundamentală a persoanei autonome este aceea de a lua decizii. Această abilitate psihologică se suprapune peste noțiunea de discernământ, deoarece implică capacitatea de evaluare a acțiunilor proprii și a consecințelor acestora. În dreptul civil, aceste acțiuni se referă la exercitarea drepturilor și obligațiilor civile, cu anticiparea posibilelor consecințe. Inabilitatea de a lua decizii, tratată distinct în Mental Capacity Act 2005, dar cu referire la problema capacității, este bine operaționalizată în acest document legislativ. În alte științe sociale, cum ar fi psihologia, a operaționaliza înseamnă a lua un construct teoretic și a-l defini în termeni observabili și măsurabili. Pornind de la această idee, legiuitorul englez a oferit o definiție a inabilității de a lua decizii care poate fi ușor tradusă în practică. Astfel, o persoană se află în neputință de a lua decizii atunci când nu poate să înțeleagă informațiile relevante pentru decizia respectivă, să rețină și să folosească/cântărească acele informații în procesul decizional și să își comunice decizia prin orice mijloc disponibil.

În secțiunea precedentă am subliniat importanța acordării unei atenții deosebite aspectelor practice privind evaluarea discernământului și am detaliat problematica pierderii graduale a discernământului în rândul populației senescente. Implicațiile unei evaluări incorecte se răsfrâng asupra drepturilor și obligațiilor persoanei, putând oscila între o protecție excesivă și o libertate neîngrădită. Dacă relevanța determinării gradului de discernământ în general este strâns legată de instituția capacității de exercițiu, evaluarea abilității de a lua decizii credem că este relevantă în legătură cu acordarea consimțământului. Abilitatea de a lua decizii este implicată într-o pleiadă de acte juridice, însă informațiile pe care decidentul trebuie să le înțeleagă, să le rețină și cu care trebuie să opereze sunt distincte. Din acest motiv, Societatea Medicală Britanică și Societatea de Drept (British Medical Association and The Law Society, 2004), de pildă, susțin evaluarea particularizată a discernământului, în funcție de tipul de decizie avut în vedere.

Tendința europeană este de a sprijini persoanele al căror discernământ este afectat pe anumite paliere, astfel încât acestea să poată lua decizii[10]. Unul dintre

[9] În engleză, *a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of the mind or brain*. Mental Capacity Act 2005, Preliminary, 2 (1).

[10] De exemplu, în iulie, 2013, Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene a publicat un raport de analiză asupra standardelor internaționale și europene în domeniul capacității legale (http://fra.europa.eu/en/publication/2013/legal-capacity-persons-intellectual-disabilities-and-persons-ental-health-problems). Unul dintre principiile enunțate în recomandarea Comitetului de Miniștri ai Consiliului Europei, R(99)4, este acela al păstrării maximale a capacității persoanei, ceea ce înseamnă că măsurile de protecție trebuie să fie luate în funcție de gravitatea afectării discernământului.

principiile de evaluare a abilității de a lua decizii este adaptarea evaluării la decizia avută în vedere. Decizia poate fi de natură financiară, testamentară, poate privi calitatea de participant într-un proces, încheierea unui contract sau acordarea consimțământului la un tratament medical/o donare de organe. Mental Capacity Act 2005 prevede că este nerelevantă modalitatea în care persoana ajunge să înțeleagă informațiile referitoare la decizie (de exemplu, i se explică în limbaj simplu) și că o informație este relevantă pentru luarea unei decizii dacă include date despre consecințele alegerii fiecărei opțiuni decizionale sau ale neluării unei decizii [Preliminary, 3 (2), (4)]. De asemenea, evaluarea abilității decizionale nu trebuie să aibă în vedere calitatea deciziei, ci doar capacitatea de înțelegere a persoanei (British Medical Association and The Law Society, 2004, p. 52). Această capacitate de înțelegere poate varia chiar și la o persoană cu discernământ intact, motiv pentru care, în multe domenii de activitate, există consultanță. Diferența este că, în cazul persoanelor cu discernământ diminuat, această consultanță trebuie particularizată nevoilor persoanei, astfel încât dificultățile sale de înțelegere să fie depășite.

Decizia informată versus consimțământul de abilitare

În privința formării valabile a unui contract, capacitatea de exercițiu și consimțământul valabil exprimat sunt condiții fundamentale. Consimțământul unei persoane poate fi *formator*, caz în care rolul discernământului este acela de a asigura că acest consimțământ este valabil constituit. O problemă în acest sens o pun persoanele cărora nu le lipsește în întregime discernământul, categorie intermediară, despre care am arătat în secțiunea precedentă că beneficiază doar parțial de ocrotire legală. O soluție pentru această categorie de persoane poate fi explicarea informațiilor necesare pentru luarea unei decizii informate, prin adaptarea explicațiilor la necesitățile de înțelegere ale persoanei.

Persoanele cu discernământ diminuat pot genera un consimțământ, însă acesta poate fi deseori imperfect. În acest caz, în vederea perfectării sale, ar trebuie să existe un altul, din partea unui ocrotitor. Numit în literatura de specialitate *consimțământ de abilitare* (Goicovici, 2009, p. 250-251), consimțământul ocrotitorului legal operează în favoarea minorilor între 14 și 18 ani, venind să le completeze sau să le întregească voința juridică. Credem că, asemeni Consiliului judiciar pe care îl aveam în Codul civil de la 1864, ar fi extrem de utilă o instituție similară pentru a veni în întâmpinarea persoanelor care, deși nu sunt lipsite total de discernământ, prezintă anumite impedimente de natură psihică, care le limitează activitatea în plan juridic. Această idee vine să completeze soluția evaluării contextuale a discernământului, propusă în literatura juridică anglo-americană, fiind de părere că poate fi mai ușor adaptată realității juridice din țara noastră.

Decizii privind donarea și transplantul de organe. Lipsa discernământului

Primul articol din Codul civil care folosește noțiunea de discernământ este art. 68, care tratează problema prelevării și transplantului de organe de la persoane în viață. Alineatul 2 al articolului 68 face referire la interzicerea prelevării de la minori

și de la persoane „lipsite de *discernământ* din cauza unui handicap mintal, unei tulburări mintale grave sau dintr-un alt motiv similar". Plasând acest alineat în context, notăm că alineatul 1 restricționează efectuarea prelevării și transplantului de organe, ele fiind posibile doar în anumite cazuri limitativ prevăzute de lege și cu respectarea anumitor condiții. Condițiile se referă, mai întâi, la existența unui acord scris, liber, expres și acordat în prealabil de către persoana în cauză și la obligația de informare a acesteia privind intervenția și riscurile implicate. O particularitate o dă consimțământul cuprins de acest acord expres și informat, care, spre deosebire de alte convenții cu titlu gratuit (de exemplu, contractul unilateral – donația)[11], poate fi retras/se poate reveni asupra acestuia până în momentul prelevării. Chiar și cu această libertate de retragere a consimțământului, în cazul minorilor[12] și al persoanelor lipsite de discernământ, alin. 2 art. 68 instituie o prezumție (relativă, s.n.) că acest consimțământ nu poate fi acordat în mod valabil încă de la început. De asemenea, legiuitorul a făcut referire în art. 68 alin. 2 la persoane *lipsite de discernământ*, și nu la persoane puse sub interdicție, ceea ce credem că indică faptul că s-a dorit includerea în sfera de ocrotire și a persoanelor incapabile natural (i.e., lipsite vremelnic de discernământ; pentru o discuție privind incapacitatea naturală, vezi Szekely, 2013).

O altă idee pe care dorim să o evidențiem este aceea că, în art. 68 alin. 2, se vorbește doar despre prelevarea de organe, nu și despre transplant. Credem că rațiunea care a îndemnat elaborarea textului în această formă este una de simț comun, și anume că este „logic" ca o persoană fără discernământ să nu aibă capacitatea mintală[13] necesară pentru a consimți la un transplant de organe, care servește la garantarea, mai presus de orice, a sănătății sale (Hall, 2012). Credem că soluția legiuitorului încalcă, într-o anumită măsură, principiul autonomiei de voință, pe care cel puțin legislația și literatura juridică anglo-americană îl ia în calcul atunci când vine vorba despre luarea de decizii privitoare la cursul tratamentului medical. O posibilă soluție ar fi aceea de a introduce obligativitatea evaluării discernământului (Buchanan, 2004). În acest fel, se poate determina dacă persoanei considerate fără discernământ îi lipsește puterea de a aprecia în mod lucid implicațiile unei decizii de tratament cum este transplantul de organe.

PROBAREA DISCERNĂMÂNTULUI: PROBATIO DIABOLICA?

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,

[11] A se vedea art. 1014 și 1015 Cod civil privind promisiunea de donație și principiul irevocabilității donației. În cazul donării de organe este vorba despre dreptul la integritate corporală a persoanei fizice, care are prioritate în fața acordului de donație. Prin urmare, este firesc ca retragerea consimțământului să nu producă niciun efect în plan juridic.

[12] Credem că, în cazul minorilor, interzicerea prelevării de organe s-a făcut mai degrabă cu scopul de a nu periclita dezvoltarea armonioasă/deplină a acestora, și nu pe motive de discernământ redus.

[13] Prin „capacitate mintală", în acest context, se va înțelege abilitatea unei persoane de a lua un anumit tip de decizie (i.e., decizie de natură medicală).

instanțele au trebuit să utilizeze într-un mod creativ toate resursele disponibile pentru a întocmi actul de justiție. Din punctul de vedere al unui jurist, mijloacele de stabilire a gradului de discernământ al unei persoane, aparent, contează mai puțin, deoarece avem de a face cu un element de fapt ce poate fi probat prin orice mijloc de probă. Dacă ne raportăm la situații în care lipsa discernământului a fost determinată de consumul de substanțe, probarea acestui fapt va fi relativ facilă. Dacă însă avem în vedere procedura punerii sub interdicție, dificultatea stabilirii prezenței sau absenței discernământului va depinde foarte mult de tulburarea mintală a persoanei. De asemenea, la încheierea unui contract, stabilirea gradului de discernământ în vederea verificării condiției consimțământului valabil pune o serie de probleme în practică.

Aproape de sfârșitul secolului al XIX-lea, expertiza medico-legală începe să intre și în atenția juriștilor români. De pildă, în cazul expertizei medico-legale psihiatrice, *Pravila* lui Matei Basarab „trece *administrarea probei* în competința exclusivă a vraciului" (Minovici, 1928)[14]. Rolul expertizei medico-legale este acela de a clarifica și stabili cât mai corect cu putință situația de fapt, idee bine conturată în adagiul *da mihi factum et dabo tibi jus*[15]. Acest adagiu relevă, în același timp, și rolul esențial al judecătorului, care este chemat să aprecieze starea de fapt și să dea o decizie în urma evaluării sale. În viziunea doctrinei clasice, dovedirea lipsei de discernământ în vederea punerii sub interdicție judecătorească se reducea deseori la interogatoriu; se considera că „interogatoriul este mijlocul cel mai sigur și câteodată unicul mijloc de a dovedi smintirea" (Alexandresco, 1909, tomul III, p. 31). Cu alte cuvinte, judecătorului i se lăsa puterea să aprecieze gradul de discernământ al persoanei respective. În prezent, procedura punerii sub interdicție a rămas fidelă acestei concepții; articolul 939 alin. 2 din noul Cod de procedură civilă prevede că „instanța este obligată să îl asculte pe cel a cărui punere sub interdicție judecătorească este cerută, *punându-i și întrebări pentru a constata starea sa mintală*".

Profesorul Mina Minovici remarca în tratatul său de medicină legală faptul că, în privința alienației mintale, „legislația nu făcea nicio specificare în ce priveau diversele grade și forme sub care se manifestă această infirmitate" (Minovici, 1928, p. 17-18). Această lacună legislativă, după cum am arătat, a rămas de actualitate, o dovadă fiind lipsa parțială de ocrotire a persoanelor cu discernământ diminuat (Szekely, 2013). Dacă legea nu distinge între diferite grade ale discernământului, judecătorul trebuie să se bazeze pe judecata proprie și pe rezultatele expertizei medico-legale psihiatrice. Reiterăm ideea că probarea existenței/absenței discernământului în contextul interdicției judecătorești poate să fie dificilă mai ales atunci când avem în vedere tulburări psihiatrice complexe (de exemplu, cu comorbidități). Totuși, instituirea unei instanțe specializate (Instanța de tutelă și de familie, art. 107 C. civ.), a cărei competență materială include cazurile de punere sub interdicție, este un progres din partea legiuitorului nostru. Astfel, judecătorii care intră în compunerea instanței de tutelă au expertiza necesară pentru o apreciere în cunoștință de cauză

[14] *Pravila* lui Matei Basarab prevedea următoarele: „Pentru ca să-l cunoască judecătorul, că adevărat iaste nebun, să întrebe pe vraci, care foarte lesne îl vor cunoaşte de va fi nebun adevărat."

[15] Traducere: Prezintă-mi faptul și eu îți voi da drept.

chiar şi a unei situații de tulburare mintală complexă. Din acest punct de vedere, tindem să credem că şansele ca o persoană să fie pusă sub interdicție în mod nejustificat sunt invers proporționale cu nivelul de expertiză al judecătorilor în aprecierea acestor cazuri. Opinii din doctrina medicală au promovat ideea unei instanțe civile special destinată cazurilor în care este necesară evaluarea discernământului (Buda & Drima, 2009, p. 309). Credem că o astfel de instanță ar funcționa doar dacă problema discernământului s-ar aborda din punct de vedere juridic, având în vedere modelul englez asupra capacității (i.e., dependentă de context şi evaluată în raport cu contextul).

În relație cu consimțământul, evaluarea discernământului poate prezenta probleme practice tot în cazul tulburărilor mintale (vezi Appelbaum, 2010). Desigur, sancțiunea unor acte juridice încheiate cu lipsa discernământului este anulabilitatea[16]. Majoritatea tulburărilor mintale se manifestă prin fluctuații ale gradelor de conştiință. Cauzele dezvoltării unei tulburări mintale nu fac obiectul prezentei analize, însă dorim să menționăm că progresele ştiințifice din ultimele decenii au permis identificarea principalelor mecanisme biologice şi psihologice implicate în diferite tulburări mintale şi că primirea unui tratament adecvat (i.e., medicație, terapie) poate să contribuie la menținerea persoanei cu tulburare mintală cu un discernământ afectat minimal. De pildă, o persoană cu tulburare psihică, în condițiile în care nu îşi ia tratamentul prescris, îşi creşte şansele să aibă discernământul diminuat. Aflată în această stare, persoana respectivă consimte la încheierea unui contract pe care nu l-ar fi încheiat dacă ar fi fost lucidă. Aceeaşi persoană, reluându-şi tratamentul, poate să ajungă în fața instanței cu discernământ neafectat. Problema apare în momentul în care acea persoană dorește să probeze lipsa discernământului, întrucât, nefiind pusă sub interdicție, discernământul este prezumat a fi intact. O expertiză medico-legală psihiatrică post-factum va putea, cel mult, oferi informații circumstanțiale şi prezumții cu privire la starea de fapt. De aceea, în special în cazul manifestărilor de voință cu efecte importante (de exemplu, contract de vânzare-cumpărare, testament, donație etc.) pentru patrimoniul unei persoane, credem ca expertizele ante-factum, de atestare a discernământului, pot oferi un plus de informație şi o probă convingătoare. Interesul practic al acestei discuții poate fi observat mai ales în legătură cu situația juridică a persoanelor senescente.

CONCLUZIE

Tulburările mintale desemnează o categorie eterogenă de cauze care pot afecta discernământul, problematice fiind acele situații în care discernământul este doar parțial afectat. Măsurile de ocrotire (juridică, s.n.) ale acestei categorii de persoane sunt cvasi-inexistente. În acest articol, am încercat să propunem câteva soluții, pornind de la literatura existentă la nivel european. Dintre aceste soluții,

[16] În acelaşi sens, vezi Înalta Curte de Casație şi Justiție, Decizia 2981/02.10.2013.

menționăm evaluarea ante-factum a discernământului în vederea încheierii unor acte juridice şi evaluarea contextuală a discernământului în vederea luării unor decizii cu consecințe juridice semnificative pentru decident (de exemplu, financiare, testamentare etc.). În opinia noastră, lansarea unor discuții doctrinare pe această temă ar putea contribui la o modificare a perspectivei actuale (relativ inertă, s.n.) asupra discernământului, în plan juridic. Un prim pas pe care l-am propus în acest sens este alinierea terminologică/conceptuală între ştiințele juridice şi alte ştiințe, care se dezvoltă mult mai alert (de exemplu, medicină, neuroştiințe, psihologie).

BIBLIOGRAFIE

Alexandresco, D. (1909). *Explicațiunea teoretică şi practică a dreptului civil român,* Tomul III. Bucureşti: Socec & Co.

Appelbaum, P. S. (2010). Consent in Impaired Populations. *Current Neurology and Neuroscience Reports, 10*, 367-373.

Baias, F. A., Chelaru, E., Constantinovici, R., & Macovei, I. (2012). *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*. Bucureşti: C.H. Beck.

Belu, C. (2006). Contribuții la definirea discernământului încorporat în consimțământul părților contractante. *Revista de Ştiințe Juridice*, *16*, 16-20.

Bodoaşcă, T., Nour, S. O., & Maftei, I. (2010). *Drept civil. Partea generală. Subiectele dreptului civil*. Bucureşti: Universul Juridic.

Boroi, G., & Anghelescu, C. A. (2012). *Curs de drept civil. Partea generală*. Bucureşti: Hamangiu.

British Medical Association and The Law Society. (2004). *Assessment of Mental Capacity: Guidance for Doctors and Lawyers (2nd Edn)*. London: BMJ Books.

Buchanan, A. (2004). Mental capacity, legal competence and consent to treatment. *Journal of the Royal Society of Medicine, 98*, 415-420.

Buda, O., & Drima, E. (2009). Dimensiunea medicală a responsabilității atenuate. Implicații în dreptul civil şi penal. *Revista Medicală Română, LVI*(4), 306-309.

Chirică, C. (2012). Ocrotirea anumitor persoane fizice prin măsura punerii sub interdicție judecătorească în lumina dispozițiilor noului Cod civil şi a noului Cod de procedură civilă. *Dreptul, 1*, 26-59.

Florian, E. (2011). *Dreptul familiei*. Bucureşti: C.H. Beck.

Goicovici, J. (2009). *Formarea progresivă a contractului*. Bucureşti: Wolters Kluwer.

Hall, I. M. (2012). Mental Capacity in the (Civil) Law: Capacity, Autonomy and Vulnerability. *McGill Law Journal, 58*(1), 61-94.

Jugastru, C. (2016). Protecția persoanelor capabile. Regimul de drept internațional privat. *Revista Universul Juridic, 10*, 36-47.

Minovici, M. (1928). *Tratat complect de medicină legală,* vol. I *(Deontologia – Expertizele)*. Bucureşti: Socec & Co.

Morgan, J. E., Marcopulos, B. A., & Matusz, E. F. (2019). Capacity Evaluations in Older Adults: Neuropsychological Perspectives. În: L. Ravdin, & H. Katzen (Editori). *Handbook on the Neuropsychology of Aging and Dementia. Clinical Handbooks in Neuropsychology*. Cham: Springer.

Munteanu, C. (2007). Observații privind limbajul dreptului. *Revista Română de Drept Privat,* 3, 143-159.

Romoşan, I. D. (2012). *Dreptul familiei.* Bucureşti: Universul juridic.

Qualls, S. H., & Smyer, M. A. (2007). *Changes in decision-making capacity in older adults. Assessment and intervention*. Hoboken, NJ, US: John Wiley & Sons, Inc..

Szekely, R. (2013). Configurații generale ale discernământului în dreptul civil român. *Studia Iurisprudentia, 4*, 200-230.