Impactul modificărilor legislative privind capacitatea și ocrotirea persoanei fizice asupra raporturilor de drept bancar

Lect. univ. dr. Cristian Paziuc
Facultatea de Drept
Universitatea din București

I. Capacitatea de exercițiu restrânsă – cazuri, regimul actelor și implicații în relația client-bancă

II. Lipsa capacității de exercițiu – cazuri, regimul actelor și implicații în relația client-bancă

III. Incapacitatea dinaintea incapacității? Dificultățile noului art 172 alin. (2) C. civ.

IV. Precizări privind asistența la încheierea actelor juridice și mandatul de ocrotire

I. Capacitatea de exercițiu restrânsă – cazuri, regimul actelor și implicații în relația client-bancă

- **Codul civil în forma anterioară modificării prin Legea nr. 140/2022**

Art. 41 – Capacitatea de exercițiu restrânsă

(1) Minorul care a împlinit vârsta de 14 ani are capacitatea de exercițiu restrânsă.

(2) Actele juridice ale minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă se încheie de către acesta, cu încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui, iar în cazurile prevăzute de lege, și cu autorizarea instanței de tutelă. Încuviințarea sau autorizarea poate fi dată, cel mai târziu, în momentul încheierii actului.

(3) Cu toate acestea, minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă poate face singur acte de conservare, acte de administrare care nu îl prejudiciază, precum și acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor.

Art. 42 – Regimul unor acte ale minorului

(1) Minorul poate să încheie acte juridice privind munca, îndeletnicirile artistice sau sportive ori referitoare la profesia sa, cu încuviințarea părinților sau a tutorelui, precum și cu respectarea dispozițiilor legii speciale, dacă este cazul.

(2) În acest caz, minorul exercită singur drepturile și execută tot astfel obligațiile izvorâte din aceste acte și poate dispune singur de veniturile dobândite.

Art. 146 – Încuviințarea și autorizarea actelor minorului care a împlinit 14 ani

(1) Minorul care a împlinit vârsta de 14 ani încheie actele juridice cu încuviințarea scrisă a tutorelui sau, după caz, a curatorului.

(...) (3) Minorul nu poate să facă donații, altele decât darurile obișnuite potrivit stării lui materiale, și nici să garanteze obligația altuia (...)

- **Codul civil modificat prin Legea nr. 140/2022**

Art. 41 – Capacitatea de exercițiu restrânsă

(1) Minorul care a împlinit vârsta de 14 ani are capacitatea de exercițiu restrânsă

(1[1]) Are capacitate de exercițiu restrânsă și majorul care beneficiază de consiliere judiciară

(2) Actele juridice ale persoanei cu capacitate de exercițiu restrânsă se încheie de aceasta, cu încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui, iar în cazurile prevăzute de lege, și cu avizul consiliului de familie, dacă există, și autorizarea instanței de tutelă. Încuviințarea, avizul sau autorizarea poate fi dată, cel mai târziu, în momentul încheierii actului.

(3) ***Cu toate acestea, persoana cu capacitate de exercițiu restrânsă poate face singură acte de conservare, acte de administrare care nu o prejudiciază, acte de acceptare a unei moșteniri sau de acceptare a unor liberalități fără sarcini, precum și acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor. Dispozițiile art. 168 alin. (4) rămân aplicabile***.

Art. 42 – Regimul unor acte ale minorului

(...) ***(3) Dispozițiile prezentului articol sunt aplicabile și majorului care beneficiază de consiliere judiciară, în măsura în care instanța de tutelă nu dispune altfel.***

Art. 146 – Încuviințarea și autorizarea actelor minorului care a împlinit vârsta de 14 ani

(...) (3) Minorul nu poate să facă donații sau testamente, altele decât darurile obișnuite potrivit stării lui materiale sau dispozițiile testamentare cu privire la bunuri de mică valoare, și nici să garanteze obligațiile altuia.

Art. 171 – Aplicarea regulilor de la tutelă

(1) Regulile privitoare la tutela minorului care a împlinit vârsta de 14 ani se aplică și în cazul celui care beneficiază de consiliere judiciară, dacă prin lege nu se dispune alltfel

- Pentru diversificarea formelor de ocrotire a persoanei fizice și nuanțarea efectelor ocrotirii în conformitate cu Decizia Curții Constituționale nr. 601/2020, **punerea sub interdicție** a fost înlocuită de:

  - **instituirea consilierii judiciare**, în cazul unei deteriorări parțiale a facultăților mintale [art. 164 alin. (2) C. civ.], cu consecința restrângerii capacității de exercițiu
  - **instituirea tutelei speciale**, în cazul unei deteriorări totale și permanente a facultăților mintale [art. 164 alin. (4) C. civ.], cu consecința lipsei capacității de exercițiu

- Consilierea judiciară conduce, așadar, la un caz de capacitate restrânsă de exercițiu a **majorului** [art. 164 alin. (1) C. civ.], situație inexistentă anterior intrării în vigoare a Legii nr. 140/2022

- *De lege lata*, regimul capacității restrânse de exercițiu este aplicabil pentru actele încheiate cu ***(i)*** un minor care a împlinit vârsta de 14 ani; ***(ii)*** un major care beneficiază de consiliere judiciară în temeiul unei hotărâri judecătorești definitive

- **Limitarea temporală a regimului capacității de exercițiu restrânse:**

- ***În cazul minorului*:** până la împlinirea vârstei de 18 ani sau până la căsătoria încheiată înainte de majorat ori până la acordarea capacității depline de exercițiu prin hotărâre judecătorească definitivă (art. 38-40 C. civ.)

- ***În cazul majorului ocrotit prin consiliere judiciară*:** până intervine decesul celui ocrotit sau măsura este înlocuită sau ridicată prin hotărâre judecătorească definitivă ori până la împlinirea termenului pentru care a fost instituită măsura consilierii judiciare, de cel mult 3 ani [art. 168 alin. (2) și art. 177 alin. (1) C. civ.]:

„Art. 168. Procedura. Durata măsurii

(...) (2) Instituirea consilierii judiciare este dispusă pentru o perioadă care nu poate depăși 3 ani.

Art. 177. Încetarea măsurii

(1) Măsura de ocrotirea încetează prin moartea celui ocrotit, la expirarea duratei pentru care a fost instituită, în cazul înlocuirii acesteia, precum și la ridicarea ei.”

- Așadar, ca element de noutate, măsura de ocrotire este esențialmente temporară, afectată de termen, și – spre deosebire de regimul anterior – încetează *de plin drept* la împlinirea termenului pentru care a fost dispusă

- De la împlinirea termenului măsurii, cel ocrotit își redobândește automat capacitatea deplină de exercițiu, deci poate efectua, în principiu, orice operațiuni bancare, inclusiv acte de dispoziție, independent de existența vreunei (noi) hotărâri judecătorești

- **Limitarea substanțială a capacității:**

- ca regulă, în raporturile cu instituția de credit, minorul care a împlinit vârsta de 14 ani sau majorul ocrotit prin consiliere judiciară va acționa *personal*, dar cu *încuviințarea* ocrotitorului, părinte sau tutore [art. 41 alin. (2) C. civ.]. E.g. minorul / majorul ocrotit prin consiliere judiciară va semna personal contractul de cont curent, însă cu încuviințarea ocrotitorului, dată în scris [art. 146 alin. (1) C. civ.], fie chiar prin înscrisul constatator al contractului, fie printr-un înscris separat

- prin excepție, *actele de dispoziție* vor presupune atât încuviințarea ocrotitorului, cât și autorizarea instanței de tutelă și, dacă este cazul, avizul consiliului de familie [art. 41 alin. (2) și art. 146 alin. (2) C. civ.]. E.g. pentru încheierea unui contract de credit de către majorul ocrotit prin consiliere judiciară, vor fi necesare – pe lângă consimțământul manifestat personal de către această persoană – încuviințarea scrisă a tutorelui și hotărârea definitivă de autorizare specială a acelui act de către instanța de tutelă, în condițiile art. 145 C. civ.

Depozitul bancar, deși are ca obiect derivat bunuri fungibile, deci este un depozit neregulat și translativ de proprietate [art. 2.191 alin. (1) C. civ.], putând fi calificat drept act de dispoziție din acest motiv, are un regim special – însăși constituirea depozitului nu presupune autorizarea instanței de tutelă [art. 149 alin. (1) și alin. (4) teza I C. civ.], iar ridicarea sumelor din depozit ***(i)*** nu presupune autorizarea instanței de tutelă în situația (obișnuită) în care destinația depozitului este păstrarea sumelor necesare întreținerii celui ocrotit sau administrării bunurilor sale [art. 149 alin. (4) teza a II-a C. civ.]; ***(ii)*** presupune și autorizarea instanței de tutelă dacă depozitul s-a constituit pentru sumele de bani care depășesc nevoile întreținerii [art. 149 alin. (2) C. civ.]

- actele privitoare la munca sau la îndeletnicirile artistice sau sportive ori la profesia celui cu capacitate de exercițiu restrânsă, chiar dacă sunt acte de dispoziție, presupun în principiu numai încuviințarea ocrotitorului (și, dacă este cazul, respectarea unor condiții prevăzute de legi speciale), *nu și autorizarea instanței de tutelă* [art. 42 alin. (1) C. civ.]. E.g. nu s-ar cere autorizarea instanței de tutelă pentru contractarea unui credit având destinația precisă de finanțare a achiziției echipamentului pentru majorul sportiv profesionist, ocrotit prin consiliere judiciară

- tot prin excepție, minorul care a împlinit 14 ani și majorul ocrotit prin consiliere judiciară pot face *singuri*:

- acte de conservare, e.g. o cerere de actualizare a datelor personale a majorului ocrotit prin consiliere, în lipsa actualizării titularul fiind expus restricționării produselor/serviciilor sau chiar rezilierii contractului pentru produse/servicii bancare

- în principiu, acte de administrare (neprejudiciabile)

- acte de dispoziție de valoare mică, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor (improbabile în raporturile de drept bancar, cel puțin din cauza cerinței executării imediate), acte de acceptare a moștenirii sau de acceptare a unei oferte de donație fără sarcini

- daruri obișnuite, potrivit stării materiale a incapabilului, și dispoziții testamentare cu privire la bunuri de mică valoare [art. 146 alin. (3) C. civ.], e.g. ar trebui admis că un major aflat sub consiliere judiciară are capacitatea necesară pentru a face singur un dar manual sub forma dispoziției de transfer în contul beneficiarului (donatar), pentru o sumă modică, și să completeze singur o clauză testamentară cu privire la o sumă mică aflată în depozit la instituția de credit, în forma reglementată de Ordinul MJ nr. 1.903/C/2011

- acte de dispoziție care au ca obiect derivat veniturile realizate de persoana cu capacitate de exercițiu restrânsă din munca sa ori din îndeletnicirile artistice sau sportive ori referitoare la profesie [art. 42 alin. (2) C. civ.], e.g. trebuie admis că majorul încadrat în muncă, chiar dacă este ocrotit prin consiliere judiciară, poate constitui singur (fără încuviințare/autorizare) depozite pe seama veniturilor obținute din executarea contractului de muncă și poate dispune singur de aceste depozite, de exemplu prin retragere/lichidare

- În ceea ce privește sfera actelor pe care le poate încheia majorul ocrotit prin consiliere juridiciară (deci măsura restrângerii capacității de exercițiu), modificările aduse Codului civil prin Legea nr. 140/2022 – mai exact, art. 168 alin. (4)-(5) C. civ. – prezintă un risc semnificativ de interpretări divergente:

„Art. 168. Procedura. Durata măsurii

*(...) (4) Prin hotărârea prin care a fost instituită consilierea judiciară sau tutela specială, **instanța de tutelă stabilește**, în funcție de gradul de autonomie al persoanei ocrotite și de nevoile sale specifice, categoriile de acte pentru care este necesară încuviințarea actelor sau, după caz, reprezentarea ei. Instanța poate dispune ca măsura de ocrotire să privească chiar și numai o categorie de acte. De asemenea, instanța poate dispune ca măsura de ocrotire să se refere numai la persoana celui ocrotit sau numai la bunurile sale.*

*(5) **În cazul în care instanța de tutelă procedează potrivit alin. (4)**, dispunerea măsurii de ocrotire nu aduce nicio atingere capacității celui ocrotit de a încheia actele juridice pentru care instanța a stabilit că nu este necesară încuviințarea ocrotitorului sau, după caz, reprezentarea sa."*

- este cert că, spre deosebire de regimul incapacității decurgând din punerea sub interdicție (așa-numită incapacitate „generală", care afecta categorii abstracte de acte, e.g. actele de dispoziție), *de lege lata*, în cazul consilierii judiciare (dar și al tutelei speciale), *incapacitățile de exercițiu rezultate sunt speciale* și se pot referi la tipuri restrânse de acte juridice, identificate prin obiectul lor (e.g. vânzări și constituiri de garanții), prin obiectul prestației (e.g. acte prin care se dispune de o sumă mai mare de 10,000 de lei), prin anumite caractere juridice (e.g. acte aleatorii) etc.

- prin urmare, simpla existență a unei hotărâri de instituire a consilierii judiciare nu va permite instituției de credit (sau altor subiecte) să aplice în mod automat regimul capacității restrânse de exercițiu pentru operațiunile solicitate, ci va trebui cercetat, de la caz la caz, conținutul hotărârii de instituire a măsurii de ocrotire (e.g. dacă instanța a limitat incapacitatea la contracte de vânzare, cel ocrotit va putea încheia singur un contract de credit, iar dacă instanța a limitat măsura de ocrotire strict la persoana celui ocrotit – lăsând neatinsă capacitatea de a dispune de bunuri –, cel ocrotit va putea încheia personal și singur orice operațiuni bancare)

- art. 168 C. civ. este problematic întrucât lasă neclară *regula* aplicabilă în privința întinderii incapacității:

- prima parte a alin. (4) creează aparența unei obligații a instanței de a stabili, ori de câte ori instituie măsura de ocrotire, categoriile de acte afectate de incapacitate [*„instanța de tutelă stabilește (...) categoriile de acte pentru care este necesară încuviințarea (...)*"], deci regula ar fi aceea că majorul ocrotit prin consiliere păstrează capacitatea de a încheia orice acte pe care instanța nu le-a enumerat ca intrând în sfera ocrotirii dispuse

- dimpotrivă, alin. (5) creează impresia că instanța poate să nu stabilească expres categorii de acte afectate de incapacitate [*„în cazul în care instanța de tutelă procedează potrivit alin. (4)*"], deci regula ar fi aceea că majorului ocrotit prin consiliere i se aplică regimul general al capacității restrânse de exercițiu – pentru orice acte –, fiind exceptate, în sensul păstrării capacității, doar actele pentru care instanța a stabilit că nu este necesară încuviințarea/autorizarea

II. Lipsa capacității de exercițiu – cazuri, regimul actelor și implicații în relația client-bancă

- **Codul civil în forma anterioară modificării prin Legea nr. 140/2022**

Art. 43 – În afara altor cazuri prevăzute de lege, nu au capacitate de exercițiu:

a) minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani

b) interzisul judecătoresc.

(2) Pentru cei care nu au capacitate de exercițiu, actele juridice se încheie, în numele acestora, de reprezentanții lor legali, în condițiile prevăzute de lege. Dispozițiile art. 42 alin. (1) sunt aplicabile în mod corespunzător.

(3) Cu toate acestea, 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

(4) Actele pe care minorul le poate încheia singur pot fi făcute și de reprezentantul său legal, afară de cazul în care legea ar dispune altfel sau natura actului nu i-ar permite acest lucru.

Art. 146 – Regimul juridic al actelor de dispoziție

(1) Tutorele nu poate, în numele minorului, să facă donații și nici să garanteze obligația altuia. Fac excepție darurile obișnuite, potrivite cu starea materială a minorului.

(2) Tutorele nu poate, fără avizul consiliului de familie și autorizarea instanței de tutelă, să facă acte de înstrăinare, împărțeală, ipotecare ori de grevare cu alte sarcini reale a bunurilor minorului, să renunțe la drepturile patrimoniale ale acestuia, precum și să încheie în mod valabil orice alte acte ce depășesc dreptul de administrare.

(...) (4) Cu toate acestea, tutorele poate înstrăina, fără avizul consiliului de familie și fără autorizarea instanței de tutelă, bunurile supuse pieirii, degradării, alterării ori deprecierii, precum și cele devenite nefolositoare pentru minor

- **Codul civil modificat prin Legea nr. 140/2022**

Art. 43 – Lipsa capacității de exercițiu

(1) În afara altor cazuri prevăzute de lege, nu au capacitate de exercițlu:

a) minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani

b) cel care beneficiază de măsura tutelei speciale.

(2) Pentru cei care nu au capacitate de exercițiu, actele juridice se încheie, în numele acestora, de reprezentanții lor legali, în condițiile prevăzute de lege.

(3) Cu toate acestea, 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. ***Dispozițiile art. 168 alin. (4) rămân aplicabile.***

(4) Actele pe care cel lipsit de capacitate de exercițiu le poate încheia singur pot fi făcute și de reprezentantul său legal, în afară de cazul în care legea ar dispune altfel sau natura actului nu i-ar permite acest lucru.

Art. 146 – Regimul juridic al actelor de dispoziție

(1) Tutorele nu poate, în numele minorului, să facă donații și nici să garanteze obligația altuia. Fac excepție darurile obișnuite, potrivite cu starea materială a minorului.

(2) Tutorele nu poate, fără avizul consiliului de familie și autorizarea instanței de tutelă, să facă acte de înstrăinare, împărțeală, ipotecare ori de grevare cu alte sarcini reale a bunurilor minorului, să renunțe la drepturile patrimoniale ale acestuia, precum și să încheie în mod valabil orice alte acte ce depășesc dreptul de administrare.

(...) (4) Cu toate acestea, tutorele poate înstrăina, fără avizul consiliului de familie și fără autorizarea instanței de tutelă, bunurile supuse pieirii, degradării, alterării ori deprecierii, precum și cele devenite nefolositoare pentru minor

- ***De lege lata*****,** regimul lipsei capacității de exercițiu se aplică pentru: ***(i)*** minorii cu vârsta mai mică de 14 ani; ***(ii)*** majorii și minorii care au împlinit 14 ani, pentru care s-a instituit măsura de ocrotire a tutelei speciale, care, prin efecte, se suprapune parțial cu măsura punerii sub interdicție, anterioară Legii nr. 140/2022

- **Limitarea temporală** a regimului lipsei capacității de exercițiu

- ***în cazul minorului*****:** până la împlinirea vârstei de 14 ani [art. 41 alin. (1) C. civ.]

- ***în cazul majorului ocrotit prin tutelă specială***: până intervine decesul celui ocrotit sau măsura este înlocuită sau ridicată prin hotărâre judecătorească definitivă ori până la împlinirea termenului pentru care a fost instituită măsura consilierii judiciare [cel mult 5 ani, cu posibilitatea prelungirii până la 15 ani – art. 168 alin. (3) C. civ.]

- Ca și consilierea judiciară, tutela specială este esențialmente temporară și încetează de plin drept la împlinirea termenului pentru care s-a instituit ocrotirea, persoana fizică astfel ocrotită redobândindu-și automat capacitatea de exercițiu (deplină sau, după caz, restrânsă). După împlinirea termenului măsurii, majorul care a fost ocrotit prin tutelă specială va beneficia, în raporturile cu instituția de credit (și orice alte subiecte), de regimul capacității depline de exercițiu, putând face orice acte de dispoziție

- **Limitarea substanțială a capacității:**

- Se aplică, în principiu, aceleași restricții la încheierea actelor ca în cazul persoanei ocrotite prin consiliere judiciară, cu diferența fundamentală că reprezentarea celui ocrotit ia locul încuviințării actului, astfel încât persoana ocrotită nu încheie actul juridic personal (deci nici singur), ci prin părinte sau tutore [art. 43 alin. (2) C. civ.]

- pentru depozitele bancare, se aplică același regim ca în cazul capacității restrânse, art. 149 C. civ. cuprinzând reguli comune pentru cele două ipoteze. Așadar, reprezentantul va putea constitui depozitul pentru cel ocrotit, fără a fi necesară autorizarea instanței de tutelă, și va putea dispune de sume fără autorizare judiciară în situația obișnuită în care destinația sumelor din depozit este întreținerea celui ocrotit și administrarea bunurilor sale

- diferențe notabile față de ipoteza capacității restrânse de exercițiu:

➢ cel lipsit de capacitate de exercițiu nu va putea face personal și singur niciun fel de acte de administrare, fie acestea și utile (profitabile), ci numai acte de conservare și eventuale acte de dispoziție de valoare mică, cu caracter curent și cu executare la data încheierii [art. 41 alin. (3) C. civ.]

➢ cel lipsit de capacitate de exercițiu nu poate face, de asemenea, nici daruri obișnuite și nici dispoziții testamentare, fie și pentru bunuri de valoare mică, deci este exclusă, de exemplu, stipularea clauzei testamentare în relația cu banca de către o persoană ocrotită prin tutelă specială

➢ cel lipsit de capacitate de exercițiu, chiar dacă are îndeletniciri artistice, sportive sau profesionale, nu poate dispune singur de veniturile realizate (e.g. cel ocrotit prin tutelă specială, spre deosebire de majorul ocrotit prin consiliere judiciară, nu ar putea constitui singur depozite pe seama acestor venituri)

➢ prin Legea nr. 140/2022, a fost abrogată teza a II-a din art. 43 alin. (2) C. civ., care dispunea că art. 42 alin. (1) – referitor la condițiile mai facile de încheiere a actelor privind munca, îndeletnicirile artistice sau sportive ori profesia persoanei cu capacitate de exercițiu restrânsă – se aplică în mod corespunzător și pentru persoana lipsită de capacitate. Această modificare, neimpusă de Decizia Curții Constituționale nr. 601/2020, a fost probabil destinată să înlăture interpretarea, existentă în doctrină, conform căreia și persoana fără capacitate de exercițiu putea să încheie actele din art. 42 alin. (1) personal și cu încuviințare (or, aplicarea corespunzătoare ar fi presupus reprezentarea, nu încheierea personală). Efectul este, însă, acela că, în absența unei excepții de la regimul actelor de dispoziție, orice acte privind îndeletnicirile artistice, sportive sau profesionale ale unei persoane lipsite de capacitate de exercițiu, dacă au natura actelor de dispoziție, presupun autorizarea judiciară.

- ca și consilierea judiciară, tutela specială generează, *de lege lata*, incapacități speciale de exercițiu, aplicându-se tot alin. (4) și (5) ale art. 168, cu aceeași problemă de interpretare (i.e. regula este incapacitatea de a încheia categoriile abstracte de acte la care se referă regimul general al capacității, de pildă acte de dispoziție, fiind exceptate actele enumerate expres de instanță, sau regula este incapacitatea de a încheia actele enumerate expres de instanță ca fiind afectate de măsură, cel ocrotit păstrând capacitatea deplină de a încheia orice alte acte?) În orice caz, spre deosebire de regimul anterior al punerii sub interdicție, simpla instituire a măsurii nu este suficientă pentru ca instituția de credit (sau orice alt subiect în raporturi cu cel ocrotit) să aplice regimul lipsei capacității de exercițiu, ci trebuie cercetat, de la caz la caz, conținutul hotărârii de instituire a măsurii și sfera actelor afectate, dacă există

III. Incapacitatea dinaintea incapacității? Dificultățile noului art. 172 alin. (2) C. civ.

„Art. 172

(...) (2) Actele juridice încheiate înaintea instituirii consilierii judiciare sau tutelei speciale pot fi anulate sau prestațiile care decurg din acestea pot fi reduse numai dacă la data când au fost încheiate lipsa discernământului era notorie sau cunoscută de cealaltă parte”

- Legea nr. 140/2022 a abrogat art. 1.205 alin. (2) C. civ.: „*Contractul încheiat de o persoană pusă ulterior sub interdicție poate fi anulat dacă, la momentul când actul a fost făcut, cauzele punerii sub interdicție existau și erau îndeobște cunoscute.*”
- Această regulă fiind anterior prevăzută în cadrul condiției discernământului (art. 1.205 C. civ.), se considera, în general, că instituie doar o prezumție de lipsă a discernământului la încheierea actului, prezumție relativă, pe care cealaltă parte o putea răsturna
- Noua regulă are o redactare deficitară: deși se referă, literal, la notorietatea sau cunoașterea de către cealaltă parte a „*lipsei discernământului*”, norma trebuie considerată a se referi la afecțiunea/starea care constituie *cauza* lipsei discernământului și, deci, a măsurii de ocrotire instituite ulterior [altfel, dacă s-ar stabili lipsa discernământului la data încheierii actului, acesta ar fi anulabil pentru nevalabilitatea consimțământului conform art. 1.205 C. civ., fără a mai fi necesar să se dovedească notorietatea sau poziția subiectivă a celeilalte părți, deci, dacă ar fi interpretat literal, art. 172 alin. (2) C. civ. nu ar avea nicio utilitate]
- *De lege lata*, art. 172 alin. (2) C. civ. generează o cauză autonomă de anulabilitate a actului, asemănătoare cu incapacitatea întrucât nu implică dovada lipsei discernământului la data încheierii actului, dar cu particularitatea – față de o incapacitate – că depinde de poziția subiectivă a celeilalte părți, care cunoștea sau trebuia să cunoască starea/afecțiunea contractantului cu privire la care s-a instituit o măsură de ocrotire abia ulterior încheierii actului

- Dacă cealaltă parte este o persoană juridică, cunoașterea sau necunoașterea stării/afecțiunii contractantului se apreciază în persoana reprezentantului (legal sau, mai adesea, convențional), conform regulilor generale din materia reprezentării [art. 1.300 alin. (1) C. civ.: *„(...) cunoașterea sau necunoașterea unei anumite împrejurări se apreciază în persoana reprezentantului*”]
- Atât notorietatea stării/afecțiunii, cât și cunoașterea sa de către cealaltă parte/reprezentant, sunt împrejurări de fapt care pot fi dovedite prin orice mijloace de probă, inclusiv martori și prezumții
- Există, în consecință, un risc teoretic de litigii având ca obiect anularea unor contracte bancare încheiate cu persoane a căror stare / al căror comportament la momentul încheierii actului – fie acestea observate doar de către reprezentantul prin care s-a încheiat actul – genera aparența unei afecțiuni intelectuale/psihosociale și care, după încheierea actului, au fost plasate sub una dintre măsurile de ocrotire. Incertitudinea decurge din faptul că, spre deosebire de incapacitățile rezultate din măsurile de ocrotire însele, imediat verificabile pe baza hotărârii definitive, această cauză de anulabilitate operează similar unei incapacități, dar depinde de împrejurări de fapt relativ vagi și care pot fi dovedite prin orice mijloace de probă
- Procedurile interne și procedurile de informare/training ar trebui să reflecte acest risc și, în esență, să oprească sau să temporizeze încheierea operațiunii dacă există orice suspiciuni privind starea intelectuală/psihosocială a clientului

III. Precizări privind asistența la încheierea actelor și mandatul de ocrotire

- **Asistența la încheierea actelor juridice** este o modalitate *lato sensu* de ocrotire a persoanei fizice prin consilierea acesteia la realizarea operațiunilor juridice, fără a se aduce atingere capacității de exercițiu a celui asistat și fără a se crea un raport de reprezentare.

Art. 1 din Legea nr. 140/2022:

„(1) Majorul care, din cauza unei dizabilități intelectuale sau psihosociale, are nevoie de sprijin pentru a se îngriji de persoana sa, a-și administra patrimoniul și pentru a-și exercita, în general, drepturilor și libertățile civile poate solicita notarului public numirea unui asistent (...), pentru o durată de maximum 2 ani.”

Art. 3 din Legea nr. 140/2022:

„(1) Numirea asistentului nu aduce atingere capacității de exercițiu a majorului.

(2) În îndeplinirea sarcinii sale, persoana desemnată ca asistent nu încheie în numele majorului acte juridice și nici nu încuviințează actele pe care acesta le încheie singur.”

- Cel asistat încheie toate operațiunile bancare *personal*, iar asistentul *nu* are putere de reprezentare
- Față de rolul asistentului, care poate acționa ca „intermediar” între cel ocrotit și terțul contractant și care poate transmite și primi informații către/de la persoana asistată, procedurile de informare (e.g. informații privind creditul conform OUG nr. 50/2010) ar trebui îndeplinite și față de asistentul numit

- **Mandatul de ocrotire** este cel dat de o persoană cu capacitate de exercițiu deplină sau de un major aflat sub consiliere judiciară pentru ipoteza în care nu s-ar mai putea îngriji de propria persoană ori de bunurile sale, cu efectul creării unui raport de reprezentare între cel ocrotit și mandatar, dar fără a aduce atingere, prin el însuși, capacității de exercițiu a celui ocrotit

- mandatul de ocrotire este întotdeauna supus încuviințării instanței de tutelă, la cererea mandatarului desemnat, după ce a survenit deteriorarea facultăților mintale ale mandantului. Prin urmare, **eficacitatea mandatului de ocrotire depinde de hotărârea judecătorească definitivă de încuviințare** [art. 2.029[1] alin. (4) C. civ.]

- **esențial pentru raporturile instituției de credit este faptul că, prin el însuși, mandatul de ocrotire nu afectează capacitatea de exercițiu a mandantului astfel ocrotit**

➢ mandatarul acționează ca un reprezentant al celui ocrotit, întinderea puterii de reprezentare fiind, ca regulă, cea specifică tutelei speciale (art. 2.029[3] C. civ.)

➢ instanța poate dispune, în completare, și consilierea judiciară sau tutela specială [art. 2.029[5] alin. (1) C. civ.]. Doar în acest caz, capacitatea de exercițiu este limitată

➢ prin urmare, mandantul (cel ocrotit) păstrează capacitatea de a încheia personal și singur orice operațiuni bancare. Cu toate acestea, noua reglementare complică regimul actelor celui ocrotit instituind o cauză distinctă de anulare a actelor pe care mandantul le încheie personal (după ce s-a încuviințat mandatul), dacă acestea sunt prejudiciabile (cauză de nevalabilitate apropiată, în consecință, de leziune)

„Art. 2.029[7]. Actele încheiate de mandant

(...) (2) Actele juridice încheiate de mandant ulterior încuviințării mandatului și incompatibile cu clauzele acestuia nu pot fi anulate sau obligațiile care decurg din acestea nu pot fi reduse decât dacă acesta a suferit un prejudiciu.”

➢ condiția prejudiciului, fără alte detalieri, introduce un grad ridicat de incertitudine. Într-o interpretare largă, prejudiciul poate decurge nu doar din condițiile contractului (e.g. dobânda), ci și din împrejurări exterioare necunoscute instituției de credit, de exemplu necesitatea/utilitatea contractului pentru cel ocrotit