

Ott/2017



CAMMINO DIRITTO

Articoli Scientifici

ISSN 2532-9871

Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Iliaria TACCOLA, Iliaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Iliaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**
ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140
Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015
Periodicità: Periodico (on-line)
Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)
Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto
ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it
Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it>
Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it
Recapito telefonico: 02 87188451

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Indice dei contenuti

1 - LE SEZIONI UNITE SULLA DISTINZIONE TRA DONAZIONE TIPICA E DONAZIONE INDIRETTA

autore: **Giusy Tuzza**, pubblicazione martedì 3 ottobre 2017

2 - I REATI CULTURALMENTE ORIENTATI

autore: **Michele Motta**, pubblicazione venerdì 13 ottobre 2017

3 - LA NOZIONE DI TITOLARE EFFETTIVO DELLA SOCIETÀ NELLA NUOVA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO

autore: **Carlo De Dominicis**, pubblicazione lunedì 16 ottobre 2017

4 - LA RAPPRESENTANZA DIPLOMATICA DELLA SANTA SEDE. DALLE ORIGINI AD OGGI.

autore: **Ilaria Valentino**, pubblicazione giovedì 19 ottobre 2017

5 - UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO SOCIAL E JURÍDICA, OS DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA DO ESTATUTO DO IDOSO NO BRASIL

autore: **Vilma Maria Inocência Carli**, pubblicazione sabato 28 ottobre 2017

LE SEZIONI UNITE SULLA DISTINZIONE TRA DONAZIONE TIPICA E DONAZIONE INDIRETTA

Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario a mezzo banca non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta.

autore **Giusy Tuzza**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. La donazione: cenni generali; 2. La liberalità e le donazioni indirette; 3. Dottrina e Giurisprudenza sulle donazioni indirette; 4. Le donazioni indirette: questione rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione; 4.1 Il Caso; 4.2. L'ordinanza n. 107/2017 Corte di Cassazione; 4.3 Sentenza Corte Cassazione Civile S.U. n. 18725/2017.

1. La donazione: cenni generali.

La donazione è il contratto con il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione. La donazione è quindi un contratto: da ciò discende che, una volta conclusa, essa è di norma irrevocabile ad opera di una delle parti.

Gli elementi essenziali della donazione sono due: lo spirito di liberalità; l'arricchimento del donatario.

Elemento essenziale della donazione è la **forma**: infatti, essa deve essere conclusa per **atto pubblico alla presenza di due testimoni**. Pertanto, l'intervento del notaio è necessario al fine di disporre dei propri beni a titolo di donazione. La necessità dell'atto pubblico si giustifica con l'importanza dell'atto di donazione e per gli effetti sul patrimonio del donante che deve essere, oltre che capace d'intendere di volere, pienamente consapevole dell'atto che sta facendo e di tutte le conseguenze che ne derivano.

E' quindi molto importante la consulenza del notaio per avere tutti i chiarimenti necessari e opportuni. La donazione è uno strumento idoneo a soddisfare molteplici interessi. Infatti, è possibile inserire apposite clausole (c.d. "condizioni" o "oneri") per soddisfare alcune specifiche esigenze. Assai comune è la donazione di un immobile con riserva di usufrutto a vantaggio del donante: ciò significa che il donante si spoglia

anticipatamente della proprietà del bene trattenendo per sé l'usufrutto, che si estinguerà automaticamente al momento della morte (o al termine stabilito). Il donante che si è riservato l'usufrutto avrà il godimento del bene, ma ne sopporterà anche le spese ordinarie e le eventuali imposte. La donazione è un **atto soggetto a revocazione**, per alcune cause tassative di natura etico-sociale. In particolare, può essere revocata:

- **per ingratitudine del donatario:** cioè qualora il donatario abbia commesso atti particolarmente gravi nei confronti del donante o del suo patrimonio;
- **per sopravvenienza di figli:** cioè qualora il donante abbia figli o discendenti ovvero sopra di averne successivamente alla donazione.

La donazione è considerata dalla legge un anticipo di eredità: ciò significa che, al momento della morte del donante, essa dovrà essere imputata alla quota riservata. Proprio con riferimento ai rapporti tra la donazione e la futura successione del donante, occorre sapere che la donazione è un atto “a rischio”, che può pregiudicare la successiva circolazione dei beni donati o l'ottenimento di un finanziamento garantito dal bene donato.

La legge, infatti, tutela alcune categorie di familiari (legittimari), riservando agli stessi una quota di eredità (legittima) anche contro una volontà del defunto espressa in una donazione. Questi soggetti sono i discendenti (figli e nipoti), gli ascendenti (genitori, nonni, e così via) e il coniuge: se le donazioni, pur sempre valide ed efficaci, al momento della morte del donante dovessero risultare, dopo calcoli molto complicati, lesive dei diritti di un legittimario, questo potrà agire in giudizio per renderle inefficaci (**azione di riduzione**).

La tutela del legittimario, inoltre, può coinvolgere anche terzi che abbiano acquistato diritti dal donatario (comprese le banche che per la concessione di un mutuo abbiano ricevuto in garanzia un immobile oggetto di donazione). Infatti, qualora il donatario non abbia beni sufficienti per soddisfare le eventuali pretese del legittimario, si potrà chiedere la restituzione del bene all'acquirente stesso (**azione di restituzione**), il quale avrà la facoltà di liberarsi con il versamento di una somma corrispondente. È bene precisare che i legittimari non possono rinunciare al loro diritto di agire in giudizio, finché colui della cui eredità si tratta è ancora in vita, neanche prestando il loro assenso alla donazione; solo quando il donante sarà morto, potranno prestare acquiescenza alla donazione compiuta.

La donazione può attuarsi in diversi modi:

- con il **trasferimento della proprietà** di beni mobili o immobili appartenenti al donante, o di un altro diritto reale (es. usufrutto, abitazione, diritto di superficie, servitù) spettante al donante;
- **mediante la costituzione ex novo di un diritto reale** (es. usufrutto, abitazione, diritto di superficie, servitù) su beni mobili o immobili appartenenti al donante;
- con l'assunzione da parte del donante di un **obbligo nei confronti del donatario** (es. mediante l'assunzione dell'obbligo di corrispondergli, senza ricevere corrispettivo, una rendita vitalizia);
- tramite la **liberazione del donatario** da un obbligo nei confronti del donante (es. la rinuncia a un credito che il donante vanta nei confronti del donatario).

Inoltre le ragioni di una donazione possono essere molte: affetto, beneficenza e altro ancora. Ma una donazione può essere anche motivata da riconoscenza, considerazione di particolari meriti del donatario, speciale remunerazione. In questo caso si parla di **donazione remuneratoria**, alla quale si applica la disciplina ordinaria delle donazioni ad eccezione del fatto che è esclusa la revoca per ingratitudine e per sopravvenienza dei figli; è prevista la garanzia per evizione a carico del donante; è prevista l'esclusione del donatario dall'obbligo degli alimenti.

2. La liberalità e le donazioni indirette.

Lo scopo della donazione, cioè arricchire un altro soggetto senza che vi sia alcun obbligo giuridico che lo imponga, può essere raggiunto anche con negozio diverso dalla donazione tipica, il quale, proprio perché utilizzato per perseguire lo scopo donativo, va assoggettato alla disciplina sostanziale della donazione: si parla in questo caso di **donazione indiretta**.

La legge infatti dispone che le liberalità, anche se risultano da atti diversi dalla donazione tipica, siano soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari (con esclusione delle donazioni fatte in occasione di servizi resi, o comunque in conformità agli usi e delle donazioni non soggette a collazione). Sono stati individuati diversi casi di donazione indiretta: la **rinuncia abdicativa**, fatta cioè senza corrispettivo, ad esempio, la rinuncia a un diritto di usufrutto; il **contratto a favore di terzo**, per far acquistare al

terzo l'immobile trasferito o altre utilità; l'**adempimento del terzo**, ovvero quando si adempie a un obbligo altrui; la **donazione mista**, come la vendita a prezzo notevolmente inferiore al valore; l'**intestazione di beni a nome altrui** (Cass. Civ. n. 15778/2000, relativamente all'esclusione dalla comunione legale dell'immobile acquistato). Tutte valgono come donazione se fatte per mero spirito di liberalità. In particolare il caso più ricorrente di donazione indiretta è quella dell'intestazione di beni a nome altrui e, nello specifico, quella dell'acquisto di un bene immobile con denaro dei genitori intestato a favore del figlio. Nell'ipotesi di acquisto di immobile con denaro proprio del disponente e di intestazione dello stesso ad altro soggetto, che il disponente ha inteso in tal modo beneficiare, costituendo la vendita mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario del detto trasferimento, si ha **donazione indiretta non già del denaro ma dell'immobile**, poiché secondo la volontà del disponente alla quale aderisce il donatario, di quest'ultimo bene viene arricchito il patrimonio del beneficiario. Conseguentemente il beneficiario in sede di divisione dovrà imputare alla propria quota l'immobile e non il denaro impiegato per il suo acquisto. Questa soluzione è avvalorata dalla giurisprudenza sia per l'intestazione in senso stretto, sia per il caso dell'acquisto fatto a proprio nome dal figlio con denaro fornito, precedentemente o contestualmente, dal genitore. Dalla soluzione proposta in giurisprudenza si ricava che la donazione indiretta discende da un procedimento complesso dove un soggetto paga direttamente il venditore, intendendo beneficiare colui che sarà l'intestatario del bene, e dalla stipulazione di un contratto di vendita (da considerare come mero strumento formale di trasferimento del bene). La compravendita pertanto, pur concretizzando una donazione indiretta, non vede comunque mutata la propria natura giuridica, nel senso che è e rimane compravendita, per la quale quindi non è prescritta a pena di nullità la forma di atto pubblico con la presenza dei testimoni.

Delle donazioni indirette dispone l'art. 809 c.c. a detta del quale *“Le liberalità anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari”*. Ciò evidentemente conferma quanto sopra detto, ossia che la donazione indiretta è una **particolare forma di donazione** che, pur essendo posta in essere con forme diverse rispetto a quelle tipiche della donazione, **produce gli effetti di un atto di liberalità**, ossia l'impovertimento del donante e l'arricchimento del donatario. La ratio (1) della norma in oggetto consiste nel fatto che la norma in commento ha lo

scopo di *estendere l'applicazione di talune norme sulla donazione anche a quegli atti che, pur non avendo la forma della donazione, realizzano il medesimo effetto*, ossia l'impoverimento di chi la compie e l'arricchimento di chi la riceve.

Per la validità di una donazione indiretta è sufficiente l'osservanza delle prescrizioni di forma richieste per l'atto da cui essa risulta, in quanto l'art. 809 c.c., mentre assoggetta le liberalità risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c. alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni, non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (2). Peraltro l'art. 809 c.c., nell'indicare quali norme della donazione siano applicabili alle liberalità risultanti da atti diversi dalla donazione, va interpretato restrittivamente, nel senso che alle liberalità anzidette non si applicano tutte le altre disposizioni non espressamente richiamate (3). Ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 778 c.c., che stabilisce i limiti al mandato a donare, al mandato a stipulare un "negotium mixtum cum donatione".

3. Dottrina e Giurisprudenza sulla donazioni indirette.

Sono innumerevoli i casi in cui le parti, per le più varie motivazioni, pur volendo effettuare una donazione, non pongono in essere il negozio tipico disciplinato dall' art. 769 c.c., ma seguono percorsi alternativi, in linea con il primato dell'autonomia privata, tipico dell'epoca in cui viviamo, e con la prevalenza della **iurisdiction**. Ne consegue che tanto i giudici di legittimità che quelli di merito si sono sempre pronunciati a tal proposito, producendo una copiosa giurisprudenza, anche per il fatto stesso che si è riconosciuta una evidente carenza di tipi contrattuali utili per le esigenze delle parti. **L'autonomia delle parti**, nella creazione di schemi negoziali alternativi alla donazione, si realizza con la donazione indiretta che a sua volta ci pone di fronte alla discussa categoria del negozio indiretto. In tali casi la liberalità rappresenta il risultato di una operazione complessa che rientra nella vasta cerchia degli atti di liberalità diversi dalla donazione (4). La dottrina ha in vario modo tentato di individuare l'essenza del negozio indiretto. Analizzando i diversi orientamenti, si può agevolmente constatare che le varie correnti di pensiero sul tema sono d'accordo solo su un punto: nel negozio indiretto sussiste una divergenza tra lo scopo perseguito dalle parti e la funzione tipica del negozio. La divergenza, però, genera una semplice incongruenza tra scopi senza, peraltro, sfociare in una loro incompatibilità. Parte della dottrina (5), soffermandosi sullo scopo diverso perseguito dalle parti, ha evidenziato che lo stesso è suscettibile di tre qualificazioni differenti: a) può essere uguale o equivalente ad una

funzione proibita dalla legge: in questa ipotesi vi è una norma esplicita che colpisce con la sanzione di nullità l'intero negozio voluto dalle parti (art. 1344 c.c.); b) può essere del tutto diverso da ogni funzione voluta dalla legge: ed allora vi è da domandarsi se il negozio sia tipico o innominato, oppure misto; c) può invece accadere che lo scopo voluto dalle parti corrisponda in linea di massima alla funzione di un diverso negozio previsto dalla legge. Ed è in questa ipotesi che il problema della disciplina del negozio indiretto resta aperto, poiché ci si deve chiedere se i requisiti di sostanza e di forma siano quelli richiesti dalla legge per lo strumento usato, oppure per lo scopo perseguito.

La dottrina pressoché unanime (6) si è da sempre schierata a favore della **tesi più liberale**, nel senso di ritenere, cioè, che il formalismo proprio delle donazioni non vada assolutamente rispettato nelle liberalità indirette, risultando, pertanto, inutile l'impiego dei formalismi propri delle donazioni dirette, quali la presenza dei testimoni, spesso inseriti per motivi meramente tuzioristici ma realizzando così una superfetazione. Il citato stato avvalorato dalla giurisprudenza della suprema corte di Cassazione (7) che ha ritenuto non applicabile l'art. 782 c.c. alle donazioni indirette, dovendosi in tal caso applicare le norme volta a volta dettate per il tipo negoziale prescelto, non essendo, invece, necessari, ai fini della validità dell'atto, i formalismi propri della donazione contrattuale. Si è sottolineato che l'estensione delle norme sulla donazione a quei negozi che perseguono l'intento di liberalità con schemi negoziali previsti per il raggiungimento di finalità di altro genere rappresenterebbe un sacrificio troppo radicale dell'autonomia privata (8). Si ritiene peraltro che la riduzione delle donazioni indirette non mette in discussione la titolarità dei beni donati, così, venendo a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità dei beni, l'acquisizione riguarderà il controvalore mediante il metodo dell'imputazione (9).

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che al fine di accertare la esistenza o meno della donazione indiretta nel caso concreto, deve sempre verificarsi lo spirito di liberalità (Cass. Civ. n. 12496/2007), così per esempio se un debitore, per estinguere il proprio debito verso il creditore, acquista un bene da un altro soggetto, deviando l'effetto dell'acquisto favore del creditore medesimo, si parlerà di dazione di pagamento (e non donazione indiretta), alla luce della diversa giustificazione causale.

4. Le donazioni indirette: questione rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione.

Nella pratica ci sono numerosi casi in cui non è agevole la distinzione della causa del negozio, dunque non è facilmente individuabile la fattispecie giuridica cui ricondurlo.

Per questi motivi la II sezione civile della Corte di Cassazione, con **ordinanza depositata il 4 gennaio 2017 n. 107**, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per sottoporre la questione alle Sezioni Unite, al fine di ottenere un'interpretazione uniforme sull'argomento delle donazioni indirette e, in particolare, sul caso specifico sottoposto al vaglio della sezione remittente.

4.1 Il Caso.

Il caso specifico riguardava un ricorso presentato da una signora che si riteneva lesa nei suoi diritti ereditari da un atto di disposizione compiuto dal padre, poco prima di morire, in favore di una donna cui il genitore era legato sentimentalmente. In particolare, la ricorrente, in primo grado, aveva citato in Tribunale la compagna del padre deceduto, per vedersi restituire 1/3 del valore di titoli di credito, posseduti dal padre e trasferiti alla convenuta sul suo conto corrente pochi giorni prima della morte; la domanda della ricorrente era fondata sulla dedotta nullità del predetto trasferimento di titoli, trattandosi di atto di donazione privo del requisito di forma prescritto dalla legge. Il Tribunale accoglieva la richiesta dell'attrice, mentre in secondo grado la Corte d'Appello ribaltava la decisione ritenendo trattandosi di una donazione indiretta, per la quale non era richiesta la forma dell'atto pubblico. Investita del ricorso di legittimità la Suprema Corte, con l'ordinanza di rimessione anzidetta, ha dunque sottoposto il caso all'esame delle Sezioni Unite, per "tirare le fila del discorso" relativo alle donazioni indirette.

4.2. L'ordinanza n. 107/2017 Corte di Cassazione.

La Corte evidenzia lo sforzo degli studiosi nel darne una definizione univoca, ora mettendo in luce l'utilizzo di *"altro strumento negoziale avente scopo tipico diverso dalla c.d. causa donandi e tuttavia in grado di produrre, insieme con l'effetto diretto che gli è proprio, l'effetto mediato di un arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito di liberalità da una parte (beneficiante) a favore dell'altra (che ne beneficia)";* ora notando che *"le parti ricorrono ad un determinato negozio giuridico, ma lo scopo pratico che esse si propongono non è affatto quello normalmente attuato mediante il negozio da esse adottato, ma uno scopo diverso, talora analogo a quello di un altro negozio, più spesso mancante di una propria forma tipica nell'ordinamento";* ora affermando trattarsi di *"qualsiasi vantaggio patrimoniale, pecuniariamente apprezzabile, non causato da un contratto di donazione ma prodotto dall'attuazione di un atto materiale o di un negozio giuridico unilaterale o bilaterale, che pur avendo in ogni caso un proprio scopo tipico diverso dalla donazione diretta, raggiunga identico risultato per*

lo spirito di liberalità che lo ebbe a determinare e per le conseguenze cui dà luogo"; ora, ancora, spiegando trattarsi di "qualsiasi liberalità non direttamente voluta ed attuata attraverso il mezzo appositamente apprestato dall'ordinamento giuridico, caratterizzato da uno scopo tipico diverso dalla liberalità, onde quest'ultima costituisce una conseguenza secondaria ed ulteriore dell'atto compiuto".

A ben vedere già da questi sforzi definitivi di sintesi è possibile scorgere quale sia il punto che, nonostante la penetrante esplorazione di dottrina e giurisprudenza, resta controverso e controvertibile: quale lo strumento utilizzabile e quale il meccanismo di funzionamento. La Corte osserva che, secondo la dottrina e giurisprudenza maggioritarie, il fenomeno vada spiegato come la risultante della combinazione di due negozi (il negozio-mezzo ed il negozio-fine, accessorio e integrativo). Tuttavia, la casistica giurisprudenziale non è univoca: alcune pronunce hanno affermato la donazione indiretta nel caso di dazione di una somma di denaro, ove, accertato lo specifico fine di permettere al beneficiario con la detta di procurarsi l'acquisto di un bene (Sez. 6-2, n. 18541 del 2/9/2014, Rv. 632422; Sez. 2, n. 26746 del 6/11/2008, Rv. 605904; Sez. 2, n. 4015 del 27/2/2004, Rv. 570643; Sez. 2, n. 3642 del 24/2/2004, Rv. 570449; Sez. 2, n. 502 del 15/1/2003, Rv. 559753). Altre, di segno contrario (Sez. 2, n. 4711 del 19/10/1978, Rv. 394403; Sez. 3, n. 1771 del 28/6/1963, Rv. 262712), hanno ritenuto che la consegna gratuita del denaro costituisce donazione diretta. In presenza di negotium mixtum cum donatione (negozio oneroso con previsione di un corrispettivo a prezzo vile) non si è dubitato della ricorrenza della donazione indiretta (Sez. 2, n. 1955 del 30/1/2007, Rv. 594939; Sez. 2, n. 13337 del 776/2006, n. 589816, Sez. 2, n. 1214 del 10/2/1997, Rv. 502306; Sez. 2, n. 1266 del 27/2/1986, Rv. 444716; Sez. 1, n. 201 del 28/1/1972, Rv. 355996; Sez. 2, n. 833 del 24/3/1971, Rv. 3500685). Ad analoga conclusione si è giunti per il contratto a favore del terzo (Sez. 1, n. 2727 del 29/7/1968, Rv. 335312; Sez. 2, n. 1277 del 21/4/1956, Rv. 880451).

Ci sono poi sentenze che hanno individuato la distinzione tra una donazione indiretta e diretta nel mezzo utilizzato. Ed altre ancora che hanno escluso ricorrere l'ipotesi della donazione indiretta per l'assenza di autonomia dell'effetto della gratuità, o per l'assenza di un contratto commutativo, che conservi la propria autonomia sostanziale, in quanto attui un effettivo scambio di beni o diritti, sia pure di valore non equivalente ed implicante una attribuzione patrimoniale in favore di una delle parti, e, di conseguenza, resti assoggettato alla disciplina giuridica che gli è propria anche per la parte rivolta all'indiretta realizzazione di detta liberalità. E così anche la dottrina non ha offerto

soluzioni univoche. In definitiva, se è chiaro il meccanismo di funzionamento, non lo è altrettanto a riguardo della strada percorribile (necessità di almeno due negozi, di almeno uno o anche di un solo atto materiale).

Pertanto, urge la necessità di ricomporre il quadro frammentato, che si è cercato di descrivere, con l'autorevolezza delle S.U., “in quanto oltre alla mancanza di apprezzabilmente uniforme interpretazione, largamente inquinata dai turbamenti del caso concreto, la questione si carica di particolare rilievo ove si consideri che le operazioni in discorso assumono assai di sovente funzione trans o post mortem, e quindi, il significato di regolamento ultimo, non più emendabile. Per contro, non può obliterarsi l'esigenza, sottesa alla prescrizione della forma solenne imposta dal legislatore in materia di donazione diretta, di circondare con particolari cautele la determinazione con la quale un soggetto decide di spogliarsi, senza corrispettivo di uno, più o di tutti i suoi beni”.

4.3 Sentenza Corte Cassazione Civile S.U. n. 18725/2017.

A detta della suprema Corte il trasferimento di strumenti finanziari dal conto deposito titoli intestato al beneficiante disponente a quello intestato al beneficiario, da eseguire mediante un ordine di bonifico impartito da parte del disponente: **non rientra entro il perimetro delle donazioni indirette, bensì, si tratta di una donazione tipica, seppur ad esecuzione indiretta.** Ne consegue che è necessaria la forma dell'atto pubblico ex art. 782 c.c., alla presenza dei testimoni, salvo il caso in cui si tratti di donazione di modico valore.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, così, risolto la controversa questione della natura dell'operazione attributiva di strumenti finanziari dal patrimonio del beneficiante in favore di un altro soggetto, compiuta a titolo liberale attraverso una banca chiamata a dare esecuzione all'ordine di trasferimento dei titoli impartito dal titolare con operazioni contabili di addebitamento e di accredito, ed hanno escluso che una simile operazione rientri nel perimetro delle liberalità indirette, trattandosi invece di una donazione tipica.

Il trasferimento di ricchezza attuato donandi causa a mezzo banca è dunque subordinato all'adozione dello schema formale-causale tipico della donazione. Secondo le Sezioni Unite, la configurazione della donazione come un contratto tipico a forma vincolata e sottoposto a regole inderogabili, obbliga a far ricorso a questo contratto per realizzare il passaggio immediato per spirito di liberalità di ingenti valori patrimoniali da un soggetto

ad un altro, non essendo ragionevolmente ipotizzabile che il legislatore consenta il compimento in forme differenti di uno stesso atto, imponendo, però, l'onere della forma solenne soltanto quando le parti abbiano optato per il contratto di donazione. Ed il trasferimento di ingenti valori patrimoniali ricorre nell'ipotesi in cui venga impartito alla banca un ordine di bonifico bancario. In precedenti occasioni è stato affermato che costituisce una donazione diretta il trasferimento del libretto di deposito a risparmio al portatore, effettuato dal depositante al terzo possessore al fine di compiere una liberalità.

"La donazione indiretta, concepita come mezzo per conseguire, attraverso l'utilizzazione di un negozio con causa tipica, un risultato pratico da questa divergente, non è configurabile rispetto ai titoli di credito astratti, suscettibili di realizzare in modo diretto qualsiasi scopo voluto dalle parti" (Cass. 23 febbraio 1973, n. 527).

"Le liberalità attuate a mezzo di titoli di credito non sono donazioni indirette, ma donazioni dirette. Qualora un assegno bancario venga emesso a titolo di donazione, l'opponibilità, nel rapporto diretto con il prenditore, di tale contratto sottostante (senza che possano invocarsi le limitazioni probatorie di cui all'art. 2722 cod. civ., non vertendosi in tema di prova contraria al contenuto di un documento) implica anche la possibilità di dedurre la nullità della donazione medesima, per carenza della prescritta forma" (Cass. 30 luglio 1990, n. 7647).

Rientra dunque nel perimetro della donazione diretta l'elargizione di somme di denaro di importo non modico mediante assegni circolari.

"Ai fini della configurabilità della donazione indiretta d'immobile, è necessario che il denaro venga corrisposto dal donante al donatario allo specifico scopo dell'acquisto del bene o mediante il versamento diretto dell'importo all'alienante o mediante la previsione della destinazione della somma donata al trasferimento immobiliare. Non ricorre, pertanto, tale fattispecie quando il danaro costituisca il bene di cui il donante ha inteso beneficiare il donatario e il successivo reimpiego sia rimasto estraneo alla previsione del donante. (Nel caso di specie la Suprema Corte ha stabilito che la mera elargizione di somme di danaro mediante assegni circolari, non potesse qualificarsi donazione indiretta ed ha dichiarato invalido il negozio concluso per il difetto di forma solenne)" (Cass. 6 novembre 2008 n. 26746).

"Rientra nel perimetro della donazione diretta l'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire un familiare con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultimo a pagare all'istituto di credito le rate del mutuo bancario dal medesimo contratto, rilevandosi che la liberalità non è un effetto indiretto, ma la causa dell'accollo. Poiché con la donazione indiretta le parti realizzano l'intento di liberalità utilizzando uno schema negoziale avente causa diversa, configura piuttosto una donazione diretta l'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire la figlia con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultima a pagare all'Istituto di credito le rate del mutuo bancario dalla medesima contratto, atteso che la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'accollo, sicché l'atto – non rivestendo i requisiti di forma prescritti dall'art. 782 c.c. – deve ritenersi inidoneo a produrre effetti diversi dalla "soluti retentio" di cui all'art. 2034 c.c." (Cass. 30 marzo 2006 n. 7507).

È, dunque, **nulla la donazione**, per mancanza di atto pubblico, di bonifico di una somma di denaro effettuato per spirito di liberalità, e cioè senza che l'operazione bancaria sia

motivata dal fatto di essere il pagamento di un prezzo di un bene acquistato o di un servizio ricevuto dal beneficiario del bonifico. Un'evidente conseguenza di una donazione nulla è che se poi il donante venisse a mancare, i suoi eredi hanno diritto a farsi restituire la somma donata dal donatario, a prescindere dal fatto che la donazione sia, o meno, lesiva dei diritti di legittima: donazione nulla infatti significa che il bene donato non è mai uscito dalla sfera giuridica del donante e che, quindi, egli (o, appunto, il suo erede) ha il diritto di pretenderne la restituzione. Se invece si abbia una donazione valida occorre che essa sia lesiva della quota di legittima per poter essere contestabile dagli eredi del donante.

Altra situazione nella quale è evidente il carattere diretto della donazione è quella della consegna *brevi manu* di un titolo al portatore (ad esempio, un libretto bancario o postale) oppure nella emissione di un assegno, bancario o circolare, a favore del donatario.

Si ha, invece, secondo le Sezioni Unite (la sentenza 18725/2017 ha infatti anche il merito di contenere una articolata elencazione di tutti questi casi, ben motivati uno per uno), una donazione indiretta, priva del requisito formale:

- con il cosiddetto contratto a favore di terzo che si configura, ad esempio, versando una somma su un conto cointestato e, quindi, in sostanza, arricchendo il cointestatario che beneficia dell'altrui versamento;
- con il pagamento di un debito altrui (si pensi al genitore che paga il mutuo del figlio);
- con il pagamento di un prezzo dovuto da altri (si pensi al genitore che paga il prezzo dell'appartamento che viene intestato al figlio);
- con la vendita di un bene a un prezzo irrisorio (che è una donazione per la differenza tra il valore del bene e il prezzo pagato);
- con la rinuncia a un credito a favore del debitore.

Ebbene, in conclusione, secondo le Sezioni Unite la donazione di strumenti finanziari dal conto deposito titoli intestato al beneficiante disponente a quello intestato al beneficiario, da eseguire mediante un ordine di bonifico impartito da parte del disponente, è nulla ove manchi la forma prescritta per le donazioni, con la conseguenza che, una volta apertasi la successione del donante, l'acquisto del donatario può essere compromesso dalle pretese degli eredi del donante, qualora rivendichino la somma donata eccependo l'invalidità del titolo traslativo.

Note e riferimenti bibliografici:

- Guida “Donazioni consapevoli” Consiglio Nazionale del Notariato;
 - www.notariato.it
1. Dalla *RELAZIONE DEL MINISTRO GUARDASIGILLI DINO GRANDI AL CODICE CIVILE DEL 4 APRILE 1942, si legge che* “Un emendamento formale ho apportato all'art. 809 del c.c., che disciplina le così dette donazioni indirette, parlando, anziché di «atti di liberalità diversi dalla donazione», di «liberalità che risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769». La formula è connessa alla definizione della donazione data in quell'articolo, e vuol far riferimento appunto a quelle liberalità compiute senza porre in essere un contratto di donazione”.
 2. Cass. Civ. n. 1214/1997.
 3. Cass. Civ. n. 13684/2014.
 4. A. PALAZZO, *ad vocem Donazione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, VII, Torino, 1998, p.153.
 5. A. AURICCHIO, *ad vocem Negozio indiretto*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957, pp.221 ss.
 6. A. PALAZZO, *I singoli contratti. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2, Torino, 2000, 350; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p.864.
 7. Cass. Civ. n. 5333/2004; Cass. n. 4623/2001; Cass. Civ. n. 642/2000; Cass. Civ.n. 3499/1999; Cass. Civ., n. 13630/1992.
 8. Cass. Civ. N.23215/2010.
 9. Cass. Civ. n. 1146/2010.

I REATI CULTURALMENTE ORIENTATI

La 'sala degli specchi' del Codice penale è salva (forse). Una rassegna giurisprudenziale sul tema dei reati culturalmente orientati e la rilevanza attribuita dalla Corte di Cassazione alla categoria delle 'scriminanti culturali'.

autore **Michele Motta**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Premessa - 2. La nozione di reato culturalmente orientato e la categoria delle scriminanti culturali - 3. Gli interventi della giurisprudenza di legittimità. - 3.1. Il caso dell'indiano "Sikh". - 3.2. Il caso della sposa bambina indiana. - 3.3. Il caso del marocchino, di fede musulmana, violento con i membri della propria famiglia. - 3.4. Il caso dei bambini 'rom' costretti all'accattonaggio. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il fenomeno dell'immigrazione, di stampo *immediatamente* sociologico-culturale (idiomi, piatti, e tradizioni folcloristiche non conosciute fino ad un ventennio addietro), porta in seno anche una serie di conseguenze *mediatamente* giuridiche.

Alcune hanno *natura fisiologica*, attenendo strutturalmente alla civile convivenza di etnie, diverse e diversificate, all'interno dello stesso luogo (si pensi alla questione concernente la legittimità, o meno, della presenza di alcuni simboli, quali il crocifisso, all'interno dei luoghi aperti al pubblico); altre, viceversa, esprimono la *patologica incompatibilità* tra l'ordinamento giuridico penale interno e le regole vigenti nel paese di origine.

L'ordinamento giuridico interno ritiene di dover predominare sulle regole del 'singolo gruppo etnico', in quanto espressione della 'cultura locale maggioritaria' (1); il secondo, invece, pretende che il primo si declini parzialmente, prendendo atto della sempre più imponente immagine che la multi-etnia riflette allorché, slegata dalle catene che tentavano di arginare il problema, si è diretta verso la 'sala degli specchi' del Codice Penale Italiano.

2. La nozione di reato culturalmente orientato e la categoria delle scriminanti

culturali.

La categoria dei 'reati culturalmente orientati' rappresenta quasi certamente il vessillo delle conseguenze giuridico-patologiche dell'immigrazione, ed è proprio tale fenomeno ad aver necessitato di un cospicuo intervento della giurisprudenza di merito e di legittimità, altresì suscitando, e non poco, l'attenzione della più oculata dottrina.

Il reato può dirsi 'culturalmente orientato' allorché sussistano due diverse condizioni: la prima, di carattere obiettivo, richiede che il comportamento integri una fattispecie di reato secondo l'ordinamento giuridico penale interno; la seconda, di carattere soggettivo, richiede che l'azione delittuosa sia realizzata da un immigrato, o comunque da un appartenente ad una cultura minoritaria, il cui gruppo di appartenenza giustifica, accetta, promuove o approva il comportamento realizzato.

Ci si domanda, a questo punto, se le esimenti disciplinate all'interno del Codice Penale possano trovare applicazione allorché il sostrato sia di natura (non giuridica ma) sociale, culturale o religiosa.

Rispondere affermativamente all'interrogativo, vorrebbe dire ampliare lo spazio di operatività del 'giustificabile' (e, contestualmente, ridurre l'operatività del 'penalmente rilevante'), dando così cittadinanza giuridica alla categoria delle cd. 'scriminanti culturali', che si posizionerebbero *a latere* delle ordinarie 'scriminanti giuridiche'. Rispondere negativamente, invece, vorrebbe dire porre un 'freno' alle spinte esogene impedendo, *in extremis*, l'irruzione alla sala degli specchi.

La risoluzione dell'enigma diventa particolarmente complessa allorché entrano in gioco diritti costituzionalmente garantiti, i quali necessitano di un'inevitabile bilanciamento, a scapito dell'uno o dell'altro termine dell'alternativa.

In altre parole: il consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50, o l'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51, possono essere invocati per giustificare il maltrattamento verso i membri della propria famiglia, sulla base di una asserita legittimazione religiosa alla correzione patriarcale?

Possono essere invocati per esimere le pratiche di infibulazione femminile, realizzate nel territorio italiano, sul presupposto di una legittimazione di matrice cultural-religiosa, o le pratiche di violenza sessuale, realizzate su spose-bambine ad opera dei loro 'mariti', sul presupposto di un doveroso adempimento ai doveri coniugali, secondo quanto consentito

nel paese di origine?

Può essere invocata l'ala protettrice delle esimenti a giustificazione dello sfruttamento dei minori - indotti a lavorare precocemente, ad accattonare, rubare o rapinare - in ragione dell'asserita prassi identificativa di un'etnia (rom), che qualifica tali condotte come 'ordinari comportamenti di un vero e proprio sistema di vita'?

L'adempimento di un dovere, scriminante di cui all'art. 51, può operare allorché il 'dovere' da adempiere, sebbene integri un comportamento giuridicamente contrario all'ordine pubblico (la conduzione di un'arma astrattamente idonea a recare offesa personale), sia contestualmente l'espressione prima di un credo religioso?

3. Gli interventi della giurisprudenza di legittimità.

Su questi importanti interrogativi non è mancata l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato la predominanza del sistema interno sulle condotte dei gruppi etnici allorché i comportamenti posti in essere da questi ultimi, lungi dal rappresentare fisiologiche manifestazioni di una diversità tollerabile, sfocino in patologiche incompatibilità con il tessuto penalistico.

3.1. Il caso dell'indiano "Sikh".

Così, recentemente (2), la Corte si è occupata del caso di un indiano "sikh", accusato del reato di cui all'art. 4 legge n. 110 del 1975, perché *“portava fuori dalla propria abitazione senza un giustificato motivo, un coltello della lunghezza complessiva di cm 18,5 idoneo all'offesa per le sue caratteristiche”*.

Intimatagli la consegna, da parte dell'autorità locale, aveva rifiutato di adempiere adducendo la liceità del proprio comportamento alla luce dei precetti religiosi di appartenenza, secondo i quali gli elementi identificativi del turbante e del coltello dovessero essere continuamente recati con sé.

Il giudice di merito aveva già condannato l'indiano, sul presupposto del tradizionale insegnamento secondo il quale le consuetudini (per di più, nel caso di specie, qualificabili come tali unicamente nel paese di origine) non potessero avere, nell'ambito del diritto penale, alcuna funzione abrogatrice.

Nonostante l'imputato, dinanzi alla Corte di legittimità, avesse invocato l'art. 19 della Costituzione a tutela del proprio comportamento, quest'ultima rigetta il ricorso,

affermando che una società multietnica votata alla pacifica convivenza, se è vero che non richiede un abbandono *a priori* delle pratiche culturali e religiose diffuse nel paese di provenienza, in coerenza con il pluralismo promosso dall'art. 2 Cost., impone per contro un limite invalicabile di fronte a comportamenti lesivi della dignità umana e dei valori della società ospitante. Di tali valori, e delle leggi vigenti nel paese in cui lo straniero sceglie liberamente di soggiornare, questi è tenuto a prenderne notizia prima del suo insediamento (all'occorrenza con l'aiuto di esperti del diritto) al fine di conoscere se, e in che misura, alcune delle proprie abitudini siano, all'interno del paese ospitante, ritenute intollerabili e pertanto oggetto di repressione penale.

3.2. Il caso della sposa bambina indiana..

La Corte ha avuto modo di esprimersi (3) sulla responsabilità da attribuire al padre di una sposa-bambina indiana, rimasto inerme di fronte alle richieste di aiuto della figlia, così assecondando i soprusi sessuali del genero. La condotta omissiva adottata veniva giustificata sul presupposto che la sopraffazione nei confronti della moglie fosse, all'interno del contesto culturale indiano, condotta diffusa e socialmente tollerata.

Nel giudizio di merito, il G.U.P. condannava il genero (anch'esso minorenni) per il reato di maltrattamenti e per quello di violenza sessuale; per contro, riteneva che il padre della ragazza fosse colpevole unicamente del reato di maltrattamenti, non ritenendo che sussistessero gli estremi del concorso nel reato di violenza sessuale, che risultava pertanto 'assorbito'.

Il sostrato culturale indiano giustificava, a detta del G.U.P., la condotta connivente del padre che tollerava l'azione del genero nonostante le ripetute lamentele della giovane figlia. È intervenuta, su ricorso del Procuratore Generale della Corte d'Appello, la Corte di Cassazione.

In primo luogo, questa rimprovera al G.U.P. la superficialità mostrata nell'aver attribuito al padre della sposa-bambina una 'patente di sub-cultura', sulla quale far leva per esimerlo dal concorso (omissivo) nel reato di violenza sessuale. Atteso che nessuna 'scriminante culturale' possa essere legittimamente invocata, il caso in esame deve essere analizzato al pari di ogni altra azione delittuosa concorsuale.

In particolare, la causalità omissiva nel reato omissivo improprio è configurabile, ex artt. 40 co 2 e 110 cod. pen., a condizione:

- che l'omittente abbia, nei confronti del soggetto passivo, una posizione di garanzia; -
- che sia a conoscenza dell'azione doverosa su di lui incombente al ricorrere di una certa situazione tipica di obbligo;
- che sia a conoscenza dell'evento o comunque abbia la possibilità di conoscerlo (conoscibilità);
- che abbia la possibilità soggettiva di impedirlo;
- che sussista un nesso di condizionamento tra l'azione omissiva e l'evento.

Nel caso di specie, afferma il Collegio, si è instaurato un vero e proprio 'triangolo', caratterizzato in particolare da un 'patto di ferro' tra genero e suocero, allorché quest'ultimo costringeva la figlia a soddisfare i desideri sessuali del marito non assecondando la sua volontà contraria. Egli, titolare di una posizione di protezione nei confronti del bene giuridico 'integrità psico-fisica' della figlia, in luogo di impedire la realizzazione dell'evento lesivo, di cui era a conoscenza, e che aveva la possibilità di impedire, contribuiva, con la propria condotta omissiva, alla sua effettiva verifica. Pertanto, la Corte estende la responsabilità del padre a titolo di concorso omissivo improprio nel reato di violenza sessuale, non potendo essere riservata alcuna rilevanza giuridica alla scriminante culturale invocata.

3.3. Il caso del marocchino, di fede musulmana, violento con i membri della propria famiglia.

In un'altra occasione (4) la giurisprudenza di legittimità ha ribadito il costante insegnamento in tema di esimenti culturali.

In primo luogo ha ribadito la sussistenza dell'obbligo giuridico, gravante in capo a chi si inserisca in un contesto culturale diverso da quello di provenienza, di verificare la compatibilità del proprio stile di vita rispetto all'ordinamento giuridico del paese di destinazione. Successivamente, ha escluso l'invocabilità dell'esimente dell'esercizio di un diritto, anche nella forma 'putativa' (ex artt. 51 e 59 co 4 cod. pen.), da parte dello straniero - marocchino di fede musulmana - il quale avrebbe sottoposto la moglie a percosse e maltrattamenti vari, durante i diffusi stati di ubriachezza, costringendola a rapporti sessuali (anche durante l'avanzato stato di gravidanza della stessa), nonché omettendo la corresponsione dei mezzi di sussistenza necessari al sostentamento della stessa e della prole. Queste condotte, statuisce la Corte, sarebbero contrarie a qualsiasi principio, non rappresentando espressione di alcun contesto culturale straniero, a maggior ragione di quello di appartenenza dell'imputato, avendo chiarito lo stesso

ricorrente, in una propria memoria, come *"esuli dalla cultura del marocchino di fede musulmana di stretta osservanza non prendersi cura del primo figlio di sesso maschile, specie nella prima infanzia, privandolo del necessario"* (5).

3.4. Il caso dei bambini 'rom' costretti all'accattonaggio.

Alcuni anni fa, la Corte di Cassazione (6) valutava preliminarmente la questione concernente l'operatività dell'esimente, e in subordine quella concernente la qualificazione giuridica, con riferimento al reato compiuto dai genitori rom, nei confronti dei figli minori, costretti a tenere condotte di accattonaggio.

Con riguardo al primo profilo, la Corte esclude la possibilità di invocare, in tema di riduzione e mantenimento in servitù (art. 600 c.p.), la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, per richiamo alle consuetudini delle popolazioni zingare di usare i bambini nell'accattonaggio, essendo l'efficacia di una consuetudine subordinata all'espresso richiamo da parte di una legge, secondo il principio di gerarchia delle fonti di cui all'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Con riguardo poi alla richiesta di ricondurre la condotta, tuttalpiù, nell'ambito di operatività del (più mite) reato di maltrattamento (art. 572 cod. pen.), piuttosto che in quello (più grave) del reato di riduzione e mantenimento in schiavitù (art. 600 cod. pen.), valorizzando il rilievo per cui, alla luce delle millenarie tradizioni afferenti i popoli di etnia rom, l'accattonaggio sarebbe espressione di un vero e proprio sistema di vita, la Corte ribadisce la correttezza della qualificazione giuridica compiuta dalle precedenti elaborazioni giurisprudenziali. Ritene pertanto che siano ravvisabili gli estremi del reato di riduzione in schiavitù nella condotta di colui che mantiene lo stato di soggezione continuativa del soggetto passivo, senza che la sua mozione culturale o di costume possa dirsi idonea ad escludere l'elemento psicologico del reato.

4. Considerazioni conclusive.

La sala degli specchi è salva. Forse. O quantomeno quella italiana.

Attesa l'indiscutibile correttezza giuridica (e la totale condivisibilità) dell'elaborazione ermeneutica della Corte di legittimità, ritengo tuttavia che non meriti di essere sottovalutato - né tantomeno denigrato - lo 'straniamento' percepito dallo straniero che si veda condannare alla luce di un sistema di regole profondamente diverso da quello di origine.

Straniamento che, (per quanto sia pacificamente irrilevante sotto il profilo delle conseguenze giuridiche), può essere compreso solo invertendo le posizioni ed indossandone i panni.

Ed eravamo stranieri, noi italiani, quando l'opinione pubblica fu indignata alla notizia dell'arresto (e della successiva condanna da parte del tribunale svedese), di un italiano accusato di aver percosso il figlio al ristorante (7); in quell'occasione, un ragionamento logico-giuridico avrebbe forse dovuto prendere il posto dell'aspra polemica generatasi, e la cui eco, ancor oggi, riecheggia nella 'sala degli specchi' del codice. Quello svedese, però.

Potrebbe allora concludersi - in maniera volutamente provocatoria - che, *mutatis mutandis*, l'atteggiamento di plauso (indiscusso) verso l'elaborazione della Corte di legittimità, per dirsi totalmente coerente, dovrebbe essere necessariamente accompagnato dalla consapevolezza che, in diritto come in ogni altra scienza esatta, ad ogni formula *diretta* ne corrisponde una *inversa*. E che non può accettarsi la veridicità scientifica e i meccanismi di funzionamento della prima, se non accettando la condizione di esistenza della seconda.

Note e riferimenti bibliografici

(1) per tutti BASILE, *immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

(2) Cassazione Penale, Prima Sezione, n° 24084/2017.

(3) Cassazione Penale, Terza Sezione, n° 40663/2016.

(4) Cassazione Penale, Terza Sezione, n° 14960/2015.

(5) Nel caso di specie potrebbe persino giungersi ad escludere la riconducibilità del caso di specie nell'alveo dei 'reati culturalmente orientati'. Ove si aderisse alla ricostruzione dottrinale enunciata in precedenza, rileverebbe l'assenza del secondo requisito, di carattere subiettivo, secondo il quale potrebbe aversi tale tipologia di reato solo a condizione (necessaria ma non sufficiente) che la condotta posta in essere sia tollerata, approvata o promossa dal gruppo etnico di appartenenza. Ne conseguirebbe, pertanto, la configurazione del reato *de quo* come reato ordinario.

(6) Cassazione Penale, Quinta Sezione, n° 37368/2012.

(7) L'uomo aveva contravvenuto ad una legge svedese, vigente sin dagli anni '60, che impedisce ogni forma di offesa (anche lieve) nei confronti dei minori. Venne pertanto condannato al pagamento di 725 euro.

LA NOZIONE DI TITOLARE EFFETTIVO DELLA SOCIETÀ NELLA NUOVA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO

Gli incerti confini della nozione di titolare effettivo: un caso pratico.

autore **Carlo De Dominicis**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Premessa; 2. Il concetto di "titolare effettivo" nell'ambito della normativa antiriciclaggio (brevi cenni); 3. L'individuazione del titolare effettivo alla luce delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 90 del 25 maggio 2017; 4. Conclusioni.

L'articolo è stato scritto a firma congiunta con la dott.ssa Chiara Turco.

1. Premessa.

Il presente articolo si pone come obiettivo, senza alcuna pretesa di esaustività, quello di fornire una prima chiave di lettura della normativa di recepimento della **Direttiva 2015/849 UE, c.d. IV Direttiva AML**; si precisa che ai fini di tutela della privacy delle società coinvolte in un caso analogo, i nomi riportati sono di assoluta fantasia.

Ci è stata sottoposta la seguente fattispecie: Alfa S.p.A. (di seguito "**Alfa**"), è un'entità di diritto italiano – facente parte di un gruppo controllato da due fondi di diritto inglese.

Alfa è una società per azioni detenuta al 100% dalla società italiana Alfa Group S.p.A. il cui socio di maggioranza per poco meno dell'80% è la società lussemburghese Beta S.à.r.l., la cui, invece, quasi totalità del capitale sociale è così detenuta:

- per oltre il 60% dal fondo Gamma L.P. il cui *general partner* è il fondo Delta LP Inc. a sua volta rappresentato dal *general partner* Epsilon Management Limited, quest'ultimo gestito da un consiglio di amministrazione composto esclusivamente da persone fisiche, e
- per oltre il 20% dal fondo Omega L.P. il cui *general partner* è il fondo Zeta L.P., a sua volta rappresentato dal *general partner* Sigma L.L.C., anche quest'ultimo gestito da un consiglio di amministrazione composto esclusivamente da persone fisiche.

Sulla scorta di tale fattispecie, ci è stato formulato il seguente quesito:

“Tenuto conto:

- a. *delle modifiche apportate dal Decreto Legislativo no. 90 del 25 maggio 2017 alla normativa antiriciclaggio e, in particolare, ai criteri di individuazione del titolare effettivo, e*
 - b. *dell’assetto proprietario di Alfa*
- quali impatti si producono sul procedimento di individuazione del titolare effettivo della Società?”*

La risposta al quesito – è opportuno premettere – sarà povera di riscontro dottrinale e/o giurisprudenziale essendo recentissima l’adozione del Decreto Legislativo 25 maggio 2017, n. 90 (di seguito il “**D.lgs. n. 90/2017**”).

2. Il concetto di "titolare effettivo" nell'ambito della normativa antiriciclaggio (brevi cenni).

Il Decreto Legislativo n. 231 del 2007 (di seguito il “**Decreto Antiriciclaggio**” o anche solo il “**Decreto**”) rappresenta il *corpus* centrale della normativa italiana antiriciclaggio. Tale provvedimento – così come modificato dal D.lgs. n. 90/2017 – contiene misure stringenti destinate a rafforzare la strategia non solo di contrasto, ma anche di prevenzione dei reati di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo al fine di tutelare l’integrità e la stabilità del sistema economico-finanziario.

Il fulcro del Decreto Antiriciclaggio – e, pertanto, dell’intera normativa – risiede nell’espletamento, da parte dei destinatari, di taluni obblighi (detti per l’appunto “obblighi antiriciclaggio”) modulati sulla base delle attività svolte dal singolo soggetto coinvolto, tra cui l’obbligo di adeguata verifica della clientela e, in particolare, l’obbligo d’identificazione del titolare effettivo cui fa da contraltare quello speculare – gravante in capo alla clientela – di fornire tutte le informazioni necessarie ai fini dell’identificazione di tale soggetto.

La figura del titolare effettivo, in ambito antiriciclaggio, è stata introdotta dal GAFI^[1] nelle 40 Raccomandazioni^[2] sotto la voce “*beneficial owner*”. Tale espressione si riferisce alla persona fisica (o alle persone fisiche) a beneficio della quale (o delle quali) è fatta una certa transazione o, nel caso di persone giuridiche, alla persona fisica (o alle persone fisiche) che in ultima istanza possiede o controlla una certa entità giuridica.

In materia di titolarità effettiva, si è assistito nel corso degli anni a una costante

evoluzione finalizzata a specificarne la definizione e ad allargare il novero di soggetti richiamati dalla norma al fine di ridurre quanto più possibile le difficoltà riscontrate in caso di strutture societarie complesse.

Al riguardo, giova ricordare che, già nella definizione europea di titolare effettivo contenuta nella “Terza Direttiva Antiriciclaggio”^[3], si faceva riferimento alla nozione di proprietà diretta ed indiretta di una data percentuale del capitale sociale del cliente^[4], oltre alla previsione di ulteriori criteri identificativi basati sul controllo, ricorrendo alla titolarità di diritti di voto e ad una generica previsione di “altre forme di controllo” esercitate sulla medesima per l’individuazione del titolare stesso.

Allo stesso modo, l’articolo 2 dell’allegato tecnico al Decreto *ante-riforma* recepiva tali nuove precisazioni senza fornire, tuttavia, alcuna informazione di dettaglio sulla soglia di rilevanza della titolarità di azioni, che è stata poi individuata nell’allegato n.1 del provvedimento di Banca d’Italia del 3 aprile 2013 (c.d. Provvedimento di adeguata verifica) in una percentuale superiore al 25% del capitale sociale o dei diritti di voto.

3. L’individuazione del titolare effettivo alla luce delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 90 del 25 maggio 2017.

Il D.lgs. n. 90/2017 ha modificato la menzionata definizione di titolare effettivo fornita dal Decreto Antiriciclaggio.

Sulla scorta delle modifiche intervenute, ai sensi dell’articolo 1, comma 2, lettera *pp*), del Decreto^[5], per titolare effettivo deve generalmente intendersi “*la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell’interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, una determinata prestazione professionale è resa o un’operazione è eseguita*”, con la precisazione fornita dall’articolo 20, primo comma, del Decreto^[6] che per i clienti diversi dalle persone fisiche “*il titolare effettivo [...] coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell’ente ovvero il relativo controllo*”.

Più precisamente, il Legislatore – al fine di intervenire su un quadro normativo *ante-riforma* che appariva non sufficientemente esaustivo e, in particolare, con il preciso obiettivo di limitare le difficoltà emerse fino a quel momento nell’individuazione del titolare effettivo nelle ipotesi di complessità delle strutture societarie o di frazionamento della proprietà societaria (*e.g.* società quotate) – ha formulato **tre distinti criteri**^[7] legati tra loro da un rapporto di sussidiarietà e alternatività che, in via del tutto teorica (in

assenza della normativa di secondo livello^[8]), dovrebbero consentire una più agevole individuazione della titolarità effettiva.

A) Il primo dei tre criteri postulati all'articolo 20 del Decreto si fonda sulla mera analisi dell'assetto proprietario della società cliente.

In tal senso, dovendosi ricondurre la titolarità effettiva di una società di capitali alla persona fisica (o alle persone fisiche) cui è attribuibile la proprietà della stessa, il Legislatore si è premurato di definire la “proprietà diretta” quale detenzione di una partecipazione superiore al 25% del capitale della società cliente e la “proprietà indiretta” quale possesso di partecipazioni in misura superiore al 25% posseduto per il tramite di altre società controllate, fiduciarie o per interposta persona.

Sulla base dell'assetto proprietario del gruppo di cui fa parte Alfa e rappresentato dalla Funzione Compliance di tale società, tuttavia, non esistono soggetti-persone fisiche che detengono, direttamente o indirettamente, una quota superiore al 25% del capitale sociale.

B) Nell'impossibilità di individuare un titolare effettivo sulla base degli assetti proprietari occorre esaminare il secondo criterio previsto dall'articolo 20, del Decreto.

In quest'ipotesi, l'elemento discriminante è quello del controllo dell'ente dovendosi ritenere come titolare effettivo, *“la persona fisica o le persone fisiche cui è attribuibile il controllo della società in forza:*

- a. *del controllo della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria;*
- b. *del controllo di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria;*
- c. *dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano di esercitare un'influenza dominante.”*

Con la nuova formulazione della norma, il Legislatore – nel tentativo di individuare il titolare effettivo nei casi di eccessiva complessità dell'assetto proprietario – sposta il fulcro dell'analisi sul controllo dell'ente, identificandolo nella titolarità di diritti di voto o in ogni altra modalità di partecipazione al capitale o al patrimonio dell'ente o di preposizione ad organi o, ancora, nella direzione, amministrazione o controllo della società^[9].

Tuttavia, se da una parte non si può non riconoscere e apprezzare lo sforzo compiuto dal Legislatore nel fornire strumenti idonei ad una più agevole individuazione del titolare effettivo, allo stesso modo non può di certo esser taciuta l'oscurità delle nuove disposizioni riscontrabile – specialmente in riferimento ai criteri di cui al terzo e quarto comma – al momento della loro concreta applicazione.

Per queste ragioni, considerata la totale assenza di osservazioni sulle disposizioni di neo introduzione, non resta che cercare un qualche supporto nei commenti formulati dalla dottrina in riferimento a fattispecie simili a quelle prese in esame.

Ad esempio, i commenti formulati in materia di controllo societario (così come delineato dall'articolo 2359 del Codice Civile) – malgrado non trovino espressa applicazione alle ipotesi in cui il controllo di una società sia esercitato da una persona fisica – potrebbero comunque consentire al lettore di approcciarsi per la prima volta alla nuova norma in modo più consapevole.

A tal riguardo il Codice Civile, così come il comma terzo dell'articolo 20 del Decreto, riconosce ed individua tre distinte tipologie di controllo:

- (i) il controllo azionario di diritto;
- (ii) il controllo azionario di fatto, e
- (iii) il controllo contrattuale.

Sulla base di quanto ritenuto da autorevole dottrina, la tipologia di controllo di cui al punto (i), sembrerebbe concretizzarsi qualora uno soggetto disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria^[10]. In tal caso, la capacità di esercitare un controllo sulla società risulta evidente in quanto il soggetto controllante è in grado, tra l'altro, di nominare gli amministratori.

A tal proposito, appare opportuno specificare che – in questa fattispecie– il concetto di “disponibilità dei voti” prescinde dalla titolarità di un diritto di proprietà sulle partecipazioni dal momento che la medesima tipologia di controllo può avverarsi anche nei casi di pegno e usufrutto, purché siano di durata sufficiente ad assicurare una stabile influenza.

Diversa, è, invece, l'ipotesi in cui la disponibilità del voto venga esercitata per conto altrui senza, pertanto, soddisfare un interesse proprio del soggetto che lo esercita^[11]. In questo caso, infatti, la capacità di controllare la società viene meno.

Alternativa alla fattispecie di controllo descritta al punto (i), è quella configurabile qualora una data persona fisica (o più persone fisiche) disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (di cui al punto (ii) sopra).

Un controllo di tale natura, a differenza del primo, non si incentra sull'individuazione di una percentuale predefinita di partecipazioni detenute ma, piuttosto, su un'influenza di fatto che trova fondamento in una "polverizzazione" delle partecipazioni residue o nell'assenteismo degli altri soci.

Per tali ragioni, affinché un'influenza di tal genere possa ritenersi dominante, è fondamentale che la stessa risulti stabile e non meramente occasionale[12].

Infine, quale terza tipologia di controllo, il Legislatore individua quella c.d. contrattuale o esterna che si configura ogni qualvolta l'influenza dominante cui una società è soggetta derivi da particolari vincoli contrattuali in essere con il soggetto controllante.

In tale ipotesi, a differenza delle precedenti, la condizione di controllo prescinde totalmente dal possesso di una partecipazione azionaria risultando determinata esclusivamente da particolari rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare costituiscono la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società così controllata[13].

Tuttavia, in aggiunta a quanto sopra, autorevole dottrina ritiene, inoltre, che – affinché vi sia soggezione a controllo esterno – da tali vincoli contrattuali debba derivare il potere del soggetto controllante di determinare concretamente la politica imprenditoriale della società controllata e di imporre le proprie scelte nella gestione della stessa. Per queste ragioni, si ritiene che la stabilità del rapporto contrattuale sia elemento imprescindibile ai fini della configurazione del controllo c.d. esterno, senza che la stessa debba necessariamente coincidere con una lunga durata del contratto[14].

Anche questo criterio, tuttavia, non pare applicabile al caso di specie perché, sulla base dell'assetto proprietario del gruppo prospettato dalla Funzione Compliance di Alfa, non esistono soggetti-persone fisiche che esercitano influenza notevole sulla base dei criteri anzidetti.

C) Rimane, allora, l'ultimo dei criteri indicati dal Legislatore, ossia la persona fisica (o le persone fisiche) "(...) titolare di poteri di amministrazione o

direzione della società”.

La formulazione generica di questo criterio si presta ad interpretazioni divergenti non essendo chiaro a quale società faccia riferimento il Legislatore: occorre identificare i titolari dell’ultima società controllante o dell’ultima controllata?

Sono così ipotizzabili due interpretazioni, entrambe supportate da argomenti plausibili.

Una prima interpretazione, che potremmo definire di matrice letterale (di seguito “Interpretazione Letterale”), è nel senso che la società da considerare deve essere l’ente cliente (ossia la società controllata) poiché nell’utilizzare l’espressione “*la persona fisica (...) titolare di poteri di amministrazione o direzione della società*”, ed in particolare nel limitarsi a menzionare “la società” senza specificare che si debba trattare “della controllante”, il Legislatore si sarebbe riferito all’entità cliente (ossia “la controllata”), così applicandosi il principio “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”.

Di contro, seguendo un’interpretazione di carattere sistematico (di seguito “Interpretazione Sistematica”) che tiene conto della *ratio legis* dell’articolo 20, dell’evoluzione del concetto di titolare effettivo e, più in generale, dell’intero impianto normativo in materia di antiriciclaggio, si perviene a riconoscere tutt’altro significato alla disposizione dell’articolo 20, comma 4, del Decreto. Nel determinare la società cui occorre fare riferimento, non si può prescindere dal concetto di “ultima istanza” menzionato dall’art. 20, comma 1, del Decreto. Ciò, in quanto gli amministratori della società controllata sono, di fatto, espressione di quelli che governano la controllante e, pertanto, questi ultimi rappresentano coloro che “in ultima istanza” determinano le scelte aziendali del gruppo risultando di fatto i “*titolari dei poteri di amministrazione o direzione della società*”.

A supporto ulteriore dell’interpretazione sistematica, soccorre anche un dato letterale: l’art. 20, comma primo, utilizza la parola “cliente” per la determinazione del soggetto obbligato all’individuazione del proprio titolare effettivo, mentre, il successivo comma quarto, fa riferimento al concetto di “società”. Pertanto è ragionevole sostenere che la norma non si riferisca al medesimo soggetto.

In definitiva, l’interpretazione sistematica riferisce i poteri all’amministrazione o direzione “sulla” società, che sono esercitati da persone fisiche “esterne ma non estranee” alla società medesima.

4) Conclusioni

Alla luce di quanto detto, tenuto conto della sopradescritta struttura proprietaria e di controllo di Alfa nonché della natura dei soggetti coinvolti nella catena partecipativa, appare ragionevole escludere l'applicabilità dei criteri di cui all'articolo 20 del Decreto ad eccezione di quello da ultimo menzionato.

Il ricorso a tale criterio non è esente da incertezze essendosi prospettate due interpretazioni della norma altrettanto plausibili. E' significativo che Assirevi, nell'informativa n. 403 del 7 luglio 2017, non abbia affrontato la questione. Pertanto, l'impatto che la disposizione è suscettibile di produrre - allo stato - può così essere rappresentato:

- a. aderendo all'Interpretazione Letterale, i titolari effettivi di Alfa coinciderebbero con gli amministratori della stessa;
- b. seguendo l'Interpretazione Sistemica, la titolarità effettiva andrebbe attribuita congiuntamente agli amministratori dei due fondi controllanti Sigma L.L.C. ed Epsilon Management Limited.

Ad ogni modo, si precisa che la coesistenza di un obbligo d'identificazione del titolare effettivo gravante sui destinatari della normativa antiriciclaggio, e di uno speculare obbligo dei clienti di fornire tutte le informazioni a tal fine necessarie, in ultima analisi, è finalizzata, a individuare possibili incongruenze tra le informazioni acquisite dall'uno e quelle fornite dall'altro, nell'auspicio di intercettare possibili tentativi di celare la reale identità del titolare effettivo.

Pertanto, anche nell'ipotesi in cui la società cliente e il soggetto obbligato dalla normativa antiriciclaggio individuassero titolari effettivi diversi, ove ciò sia "semplicemente" frutto di diverse interpretazioni normative (entrambe apparentemente fondate), non sembrano ravvisarsi particolari criticità nell'adempimento degli obblighi sottesi alla legge, né "elementi di potenziale sospetto" (ovviamente presupponendo la buona fede di entrambi i soggetti).

Note e riferimenti bibliografici

[1] Gruppo di Azione Finanziaria. È un organismo di tipo interstatale ed internazionale nato con lo scopo principale di combattere tutte le azioni di riciclaggio del denaro con provenienza illecita.

[2] Introdotte nel 1990.

[3] Direttiva 2005/60/CE.

- [4] Corrispondente al 25% più un'azione.
- [5] Così come modificato dal D.lgs. n. 90/2017.
- [6] Così come modificato dal D.lgs. n. 90/2017.
- [7] A tali tre criteri ne andrebbe aggiunto un quarto, descritto all'art. 20 comma 5 del Decreto, riferito esclusivamente alle persone giuridiche di cui al Decreto del Presidente della Repubblica del 10 febbraio 2000, n. 361.
- [8] Che dovrà essere emanata dalle Autorità di vigilanza di settore.
- [9] Relazione Illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2015/849. Del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2003/6/CE della Commissione, e l'attuazione del Regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE).
- [10] Si noti bene che nel conteggio dei voti non assumono alcuna rilevanza le azioni di risparmio e le azioni prive di diritto di voto nell'assemblea ordinaria. M. CAMPOBASSO, in *Diritto Commerciale, Diritto delle Società*, Vol. 2, VIII edizione, Utet Giuridica, 2012, p. 293
- [11] Ad esempio, nel caso del voto per delega è necessario stabilire se il voto deve essere esercitato nell'interesse del delegato o del possessore della partecipazione. A. MAFFEI ALBERTI, in *Commentario breve al diritto delle società*, III edizione, CEDAM, 2015, p. 466.
- [12] A. MAFFEI ALBERTI, op. cit., p. 467.
- [13] M. CAMPOBASSO, op. cit., p. 293 e Cass. 12094/2001.
- [14] A. MAFFEI ALBERTI, op. cit., p. 468. A tal riguardo, è opportuno precisare che – sulla base dei principi cardine del nostro ordinamento – sembrerebbe doversi ritenere inammissibile un contratto che abbia ad oggetto la mera attribuzione ad un soggetto del diritto di esercitare influenza dominante su una società. Un contratto di tale natura è da ritenersi nullo per violazione delle norme in materia di conflitto di interessi (artt. 2373 e 2391 del Codice Civile) che vietano ai soci e agli amministratori di agire in difformità degli interessi della propria società.

LA RAPPRESENTANZA DIPLOMATICA DELLA SANTA SEDE. DALLE ORIGINI AD OGGI.

In occasione della ricorrenza del centenario della promulgazione del primo Codice di Diritto Canonico (1917), attraverso una breve disamina delle origini storiche del legato pontificio, delle sue funzioni e della sua evoluzione, si affronta il tema della Diplomazia Pontificia e del rapporto che all'attualità la Santa Sede intrattiene con gli Stati.

autore **Ilaria Valentino**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Fin dalle origini della Chiesa, e ancor prima dell'uso del potere temporale, il Papa ha sempre inviato suoi rappresentanti per mantenere rapporti duraturi con le varie e diverse realtà ecclesiastiche geograficamente lontane da Roma e nelle quali egli non poteva essere fisicamente presente.

Caratteristica principale della politica papale era quella di mantenere l'unità cristiana sotto la sovranità spirituale ed il primato della Santa Sede.

Le prime tracce della formazione di un corpo diplomatico della Santa Sede possono essere rinvenute già agli albori della storia della Chiesa, quando i rappresentanti papali erano inviati nei primi Concili Ecumenici. La presenza di questi inviati era estremamente importante perché la loro funzione principale era garantire l'unità della Chiesa nascente.

Nella metà del secolo V, comincia a sorgere la figura degli **Apocrisari** (dal greco ἀποκριτάριος, da ἀποκρίνω attraverso ἀπόκρισις, "risposta"), cioè i rappresentanti del Papa presso le autorità civili alle quali erano inviati. In origine l'Apocrisario era un funzionario inviato dall'Imperatore per rappresentarlo nelle questioni amministrative e di vigilanza. Il loro compito era vegliare sull'integrità della fede nelle province dell'Impero orientale ed informarne il Pontefice.^[1]

Vi è anche un'altra categoria di rappresentanti diplomatici del papa, costituita dal **Legato**, che risale agli albori della Chiesa stessa, periodo nel quale i Pontefici romani erano soliti inviare i legati nei concili e in altre occasioni importanti. Nei territori dello Stato Pontificio, invece, i legati erano gli unici detentori del potere temporale e ne rispondevano direttamente al Papa. Nel contempo, aumentando il potere temporale della

Chiesa e formandosi anche uno Stato territoriale, il Papa fu costretto ad occuparsi necessariamente di politica.

Tuttavia, nel corso del XV secolo, per lo sviluppo delle attività politiche tra paesi europei e la critica situazione italiana, la Santa Sede sentirà la necessità di riorganizzare il sistema della rappresentanza diplomatica, riunendo in un'unica persona le funzioni di carattere religioso, politico ed economico, assicurandosi una adeguata unità d'azione dei suoi inviati.

Pertanto, *«nella diplomazia pontificia si assisterà alla prevalenza di inviati fiduciari del Pontefice, alla stabilizzazione, dunque, dell'istituto della **nunziatura**, prodromo della rappresentanza stabile di età moderna, a discapito del tradizionale ruolo del legato a latere»*.^[2]

Nel passaggio dall'era medievale all'era moderna, con la progressiva modernizzazione della società e delle sue istituzioni, inevitabilmente insorge la pressante necessità di intraprendere relazioni diplomatiche più stabili.

Anche la Santa Sede, pur disponendo di notevoli mezzi per difendere gli interessi della Chiesa, si adatterà agli sviluppi internazionali creando l'istituto della **nunziatura**, assicurandosi così la continuità e la centralità negli affari diplomatici europei.

Con la riforma cattolica, o Controriforma, approvata dal Concilio di Trento (1545), le nunziature subirono un vero e proprio declino durante il pontificato di Paolo IV (1555-1559).

Il compito di rendere l'istituto della rappresentanza diplomatica pontificia un organismo stabile e ben definito fu assunto da Gregorio XIII (1572-1585), quando, nel 1573, iniziò la ristrutturazione delle nunziature e la classificazione delle principali cariche: **il legato**, cardinale inviato come ambasciatore straordinario; **il nunzio**, inviato come rappresentante permanente presso l'imperatore e i principi di sangue reale; **l'internunzio**, inviato diplomatico secondario.^[3]

Dalla breve rassegna storica finora effettuata, emerge la circostanza che la comunità internazionale ha sempre guardato al papato, secondo le affermazioni di alcuni autori, come ad una potenza morale *sui generis*.^[4]

Dopo il Congresso di Vienna del 1815, con il Regolamento sulle Relazioni

internazionali, completato con il Protocollo di *Aix-la-Chapelle* del 1818 (*nel quale le potenze europee dichiararono di mantenere una intima unione cementata dai legami della fratellanza cristiana*), si assiste ad una ridefinizione della posizione giuridica dei rappresentanti pontifici, di fatto riconoscendo la Santa Sede «*il più antico soggetto di diritto diplomatico[...] che già esisteva [...] quando gli Stati più potenti, che oggi occupano e dominano la scena politica, ancora non si erano affacciati alla storia*».^[5]

Tale riconoscimento non muterà anche dopo la *debellatio* (è noto che con tale termine si indica la totale cancellazione di uno Stato e la estinzione della sua sovranità) dello Stato Pontificio nel 1870 (*la presa di Roma dopo la breccia di Porta Pia*), quando il papa Pio IX, chiusosi nei palazzi vaticani dichiarandosi prigioniero politico, fu privato definitivamente e del tutto del suo potere temporale.

Ciò nonostante e malgrado tra lo Stato Italiano e la Santa Sede non intercorressero rapporti bilaterali, la Santa Sede continuò ad esercitare il diritto di legazione attivo e passivo, come altresì la stipula dei trattati con gli Stati, tramite i concordati.^[6] Tali prerogative vennero riconosciute dalla Stato Italiano con l'art. 11 della L. 13 maggio 1871, detta “*delle guarentigie*”.^[7]

Fino alla Grande Guerra, la Santa Sede assume una posizione neutrale ed un forte impegno internazionale pacifista, fortemente propugnato da Papa Benedetto XV (*che definì il conflitto “una inutile strage”*), in contrasto con le politiche nazionaliste degli Stati.

Dopo la prima Guerra Mondiale furono stabilite nunziature apostoliche in America Latina e nei nuovi Stati europei.

Ma il successo più importante della diplomazia della Curia Romana, dopo la perdita della sovranità territoriale, fu indubbiamente la conclusione dei Patti Lateranensi del 1929, i quali risolsero definitivamente la questione romana.

La fine della Seconda guerra mondiale segna l'insorgenza di un periodo florido e di espansione per la diplomazia pontificia durante il quale la Chiesa ha accentuato le tematiche relative alla pace, allo sviluppo e ai diritti umani in una visione ecumenica nella quale poco resta del progetto e dei principi di una *Res publica Christiana*.^[8]

Al Legato pontificio è stato dato *in primis* un ruolo ecclesiale e, in aggiunta, quello

politico-diplomatico; egli è un discepolo di Cristo, chiamato ad essere strumento di comunione tra Papa, Vescovi e fedeli nelle realtà in cui è inviato, comprese le Conferenze internazionali.

Essere Diplomatici della Santa Sede è una specifica vocazione sacerdotale e un servizio pastorale.

Il Codice Canonico vigente affronta il tema dei Legati pontifici nel Libro II dal canone 362 al canone 367. Si distinguono diverse categorie di Legati: i *Delegati Apostolici* e i *Nunzi* a seconda se sono inviati solo presso le Chiese particolari o anche presso i Governi; i *Delegati* e gli *Osservatori permanenti* presso gli Organismi internazionali, se la Santa Sede è membro o meno dei medesimi.

Ai Legati è affidato il compito di rendere saldi ed efficaci i vincoli di unità tra la Santa Sede e le Chiese particolari. Essi godono oltre che di privilegi e facoltà concessigli dal diritto internazionale, anche di quelli propriamente ecclesiastici.

L'attività diplomatica che la Santa Sede realizzerà durante il XX e XXI secolo sarà permeata di una vivace attività sia bilaterale che multilaterale.

In un contesto di crisi e di cambiamenti generali, Papa Giovanni XXIII ha dato grande impulso indicando il Concilio Vaticano II, affinché la Chiesa potesse riflettere e meditare su se stessa, riprendendo il dialogo con il mondo moderno, aggiornandosi, rimettendosi al passo con i tempi e rendendosi intellegibile agli uomini.

Paolo VI ha portato avanti il Concilio, nonostante le tensioni che si erano venute a creare al suo interno. La Costituzione pastorale "*Gaudium et spes*" mostra che la Chiesa non è legata ad alcun sistema politico, tuttavia interviene nelle realtà temporali in cui l'uomo agisce. Da ciò consegue la necessità della stretta collaborazione tra la Chiesa, lo Stato e la Comunità internazionale, nel rispetto delle competenze di ciascuno.

Con la caduta del Muro di Berlino il 9 novembre 1989, la diplomazia della Santa Sede ha subito una trasformazione e si è avvantaggiata dell'ampliamento del suo raggio di azione.

L'era della globalizzazione ha contribuito a far venir meno gli assetti geopolitici dell'Europa, come fissati dopo la Seconda Guerra Mondiale, e alla caduta dei due blocchi contrapposti: Est-Ovest. Ciò ha permesso alla Chiesa di iniziare la sua missione

in quegli Stati in cui prima vigeva un regime comunista. Con Giovanni Paolo II, infatti, si è avuto un ampliamento delle relazioni diplomatiche della Santa Sede.

Va sempre tenuto presente che la Santa Sede non ha una propria “*politica estera*” da perseguire, per cui il termine “politica estera della Santa Sede” non va inteso nella accezione sua propria poiché la diplomazia pontificia è e deve essere concepita nel senso pastorale, il cui unico fine è quello di arricchire e ravvivare spiritualmente l’ordine temporale nazionale ed internazionale. Uno degli strumenti che la Chiesa ha per intervenire nella realtà internazionale è, quindi, proprio la **diplomazia** - e quella vaticana è espressione della Santa Sede – di natura ecclesiale, dato il carattere sacerdotale o episcopale dei Nunzi Apostolici, segno del collegamento tra il Papa e i Vescovi delle Chiese locali.

In epoca attuale la diplomazia pontificia individua l’insieme dei comportamenti attuati, secondo le norme del Diritto Canonico, a servizio delle Chiese particolari. Lo scopo è di garantire il libero esercizio dell’attività della Chiesa cattolica, nell’osservanza delle norme internazionali per testimoniare l’impegno a favore della pace, del progresso morale e civile e le buone relazioni tra gli Stati, sia in ambito bilaterale che multilaterale.

Ecco perché Papa Francesco nel viaggio in Corea del 2014 ha parlato della “*diplomazia come arte del possibile*”.

La rappresentanza diplomatica viene considerata dalla Chiesa cattolica come un ufficio ecclesiastico, cioè un incarico stabilmente costituito per un fine spirituale (can. 145, CIC 1983). Il settore in cui oggi si realizza l’azione multilaterale della Santa Sede è molto ampio: la pace, la sicurezza, il terrorismo, il disarmo nucleare, la tutela dell’ambiente, le diseguaglianze, la difesa dei diritti dei minori e della donna, il dialogo con le altre religioni. Essa costituisce un’azione diplomatica evidente, descritta analiticamente dal Curti Gialdino.

Ad oggi (2017), la Santa Sede intrattiene rapporti diplomatici bilaterali con 182 Paesi (ultima ad allacciare relazioni ufficiali, il 22 febbraio 2013, è stata la Repubblica del Sud Sudan). Intrattiene altresì relazioni diplomatiche con il Sovrano Militare dell’Ordine di Malta (dal febbraio 1930) e con la Comunità/Unione europea (dal 10 novembre 1970). Inoltre, intrattiene relazioni “di natura speciale” con l’Organizzazione per la liberazione della Palestina – OLP (dal 25 ottobre 1994). Infine, la Santa Sede è presente

come osservatore in molte organizzazioni internazionali, fra cui le Nazioni Unite, la FAO, l'ILO, la WHO, l'UNESCO, la WTO, l'OSA, il Consiglio d'Europa. Essa è Osservatrice Permanente dell'ONU e non membro dello stesso perché non rappresenta uno Stato sovrano (mancando degli elementi della popolazione e del territorio bensì un ente religioso: la Chiesa Cattolica). È, invece, membro di alcune organizzazioni internazionali, fra cui la WIPO, la IAEA, l'OSCE, l'UNIDROIT.

Lo **Stato della Città del Vaticano**, a sua volta, è membro di varie organizzazioni internazionali, fra cui l'UPU, l'UIT, l'ITSO, l'EUTELSAT, il CEPT. Circa la metà dei Paesi che hanno rapporti diplomatici con la Santa Sede hanno una propria ambasciata a Roma (distinta da quella presso l'Italia, in quanto la Santa Sede rifiuta di accreditare presso di sé personale che risulti già in missione presso il governo italiano e non consente neppure che la sede della missione diplomatica e la residenza del capo missione coincidano con quelle presso l'Italia); gli altri Paesi, invece, sono rappresentati da diplomatici addetti ad ambasciate site in altri Paesi europei (accreditamento multiplo). Decano del Corpo diplomatico è l'ambasciatore residente a Roma con maggiore anzianità di accreditamento.^[9]

Ai diplomatici della Santa Sede sono accordati tutti i privilegi del diritto internazionale ma, in quanto presbiteri, saranno *personae Christy*, rappresentando il Pontefice all'estero.

A termini dell'art. 118 n.17 dell'Atto Generale di Vienna del 1815, i Legati Pontifici ed i Nunzi Apostolici appartengono alla prima classe e sono equiparati agli ambasciatori, in funzione della loro rappresentanza, mentre gli Internunzi, sono equiparati ai ministri.

I futuri Nunzi sono tutti sacerdoti di età non superiore ai trentacinque anni che vengono formati, quali *addetti*, e per la durata di due anni, presso l'Accademia Ecclesiastica della Santa Sede laddove studieranno le principali lingue parlate nel mondo (inglese, spagnolo, francese), gli verranno impartite lezioni di diritto, apprenderanno l'arte della mediazione e del saper parlare e tacere. Al termine degli studi, dovranno sostenere un esame presso la Segreteria Vaticana e, intrapresa la carriera diplomatica, diventeranno Nunzi Apostolici con la consacrazione episcopale dell'eletto e la conseguente assegnazione di una sede.

La Nunziatura, oggi, è un organo periferico della Segreteria di Stato (*che è l'ufficio diretto dal Cardinale Segretario di Stato detto anche Segretarius Papae o intimus, che*

rappresenta l'insieme dei dicasteri attraverso cui è esercitata l'amministrazione periferica degli Affari politico-religiosi della Santa Sede, spettando l'amministrazione Centrale solo al Papa) retto dal Nunzio e dal suo Segretario (ovvero il Capo-Missione e Consigliere di Prima Classe). Essa coincide con l'edificio ove risiedono ed operano tali figure (e molto spesso può anche fisicamente mancare per cui il Nunzio si "appoggerà" alla residenza del Vescovo locale) e funziona come una comune ambasciata.

Prerogativa della Diplomazia vaticana è l'attenzione all'essere umano, ai suoi diritti naturali, ed alla vita della Chiesa locale: oggi i Nunzi non lavorano solo a livello politico, ma anche immergendosi nelle situazioni problematiche della società e compenetrandosi con esse ed hanno come loro precipuo compito questa dimensione pastorale, su cui vigilano e riferiscono, entrando in contatto con le autorità degli Stati in cui operano -calandosi appieno nelle realtà locali-, per instaurare o mantenere con essi i migliori rapporti di coesistenza, di collaborazione e di amicizia.

L'attività diplomatica della Santa Sede risponde, quindi, in maniera molto appropriata agli odierni sviluppi della vita internazionale ed alle odierne ragioni ed esigenze della missione che la Chiesa deve compiere nel mondo contemporaneo, perché da sempre agisce in tutti i luoghi della Terra, per un fine che non è di questo mondo, per il perseguimento di valori eterni.

Note e riferimenti bibliografici

[1] A. MARESCA, *Teoria e tecnica del diritto diplomatico*, Milano, 1986, p.128.

[2] J. TOURAN, *La presenza della Santa Sede negli organismi internazionali*, in O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, p. 370.

[3] H.E. CARDINALE, *The Holy See and International Order*, London,1976, p. 32.

[4] C.CURTI GIALDINO, *Lineamenti di diritto diplomatico.*, p. 18.

[5] Lo status diplomatico dell'inviato pontificio è alquanto controverso, avendo più una funzione di carattere religioso (come quella svolta dai Patriarchi di Alessandria, Antiochia e Gerusalemme prima dell'invasione dell'Islam) v. C. CURTI GIALDINO, *Lineamenti di Diritto Diplomatico e Consolare*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2015 p. 18.

[6] MONACO – C. CURTI GIALDINO, *Diritto internazionale pubblico*, Torino, 2009, pp. 412-414.

[7] M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, G. Giappichelli Editore, Torino 2010.

[8] M. TEDESCHI, *La respublica christiana e l'idea d'Europa (sec. XII-XIV)* in M. TEDESCHI, *Quasi un bilancio*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2011, pp. 55 – 66.

^[9] C. CURTI GIALDINO, *Lineamenti di diritto diplomatico*, p. 62.

UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO SOCIAL E JURÍDICA, OS DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA DO ESTATUTO DO IDOSO NO BRASIL

O artigo tem como objetivo explicitar a obrigatória aplicação da priorização dos direitos das pessoas idosas, e que seguem ao encontro da dignidade da pessoa humana, e da Bioética que são a pedra angular da ciência jurídica.

autore **Vilma Maria Inocêncio Carli**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Vilma Maria Inocêncio Carli.[\[1\]](#)

RESUMO e APRESENTAÇÃO di IRENE COPPOLA
(Professore a contratto in Italia)

Em português

O artigo tem como objetivo explicitar a obrigatória aplicação da priorização dos direitos das pessoas idosas, e que seguem ao encontro da dignidade da pessoa humana, e da Bioética que são a pedra angular da ciência jurídica, mas o que ocorre é que por vezes, para que determinados grupos de pessoas alcancem a plenitude desses direitos, é sempre necessário que haja uma atuação ativa do Estado, no sentido de que é necessária a formulação de normas que particularizem os meios de se alcançar essa almejada efetivação e é o que se pode ver pela entrada em vigor do Estatuto do Idoso, ou pela Lei 10.741/2003. Sabe-se que um projeto de política pública deve, obrigatoriamente, permitir a transversalidade, além de estabelecer um diálogo consciencioso entre as partes, sendo que a articulação e a integração entre todas as políticas públicas constituem uma ação estratégica para assegurar a complementaridade da rede de atendimento às pessoas idosas, para que a população possa envelhecer com segurança e dignidade. Esse é o compromisso da Política Nacional de Assistência Social, que, em consonância com o Estatuto do Idoso e com o Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento, que reconhece a urgência da consolidação da rede de proteção e promoção social da pessoa

idosa, na direção de uma sociedade para todas as idades. Dessa forma a observância do artigo 71 do Estatuto do Idoso, portanto, se tornou obrigatória, e deve ser aplicada nos casos dos direitos dos idosos quanto à saúde, a vida, ao lazer, ao atendimento prioritário em todos os órgãos estaduais e federais, no transporte, na educação, no esporte, mas ocorre que a realidade atual é que são tratados com *indiferença e desrespeito, causando muita dor e infelicidade a todos os idosos.*

In italiano

L'articolo si propone di chiarire l'applicazione obbligatoria delle priorità dei diritti delle persone anziane, applicazione che si esprime con il rispetto della dignità della persona umana e lo studio della Bioetica, pietra angolare della scienza giuridica.

A volte, per determinati gruppi di persone, raggiungere la pienezza di tali diritti è sempre necessario per avere un ruolo attivo nello Stato; gli anziani per ottenere questo effetto tanto desiderato hanno atteso l'entrata in vigore dello Statuto degli Anziani con la Legge brasiliana 10.741/2003.

Si sa che un progetto di politica pubblica deve necessariamente consentire interventi trasversali e stabilire un dialogo di coscienza tra le parti e il coordinamento e l'integrazione di tutte le politiche pubbliche rappresentano un'azione strategica per garantire la cura per gli anziani, in modo che la popolazione possa invecchiare con sicurezza e dignità.

Questo è l'impegno della politica nazionale di Assistenza Sociale con cui, in linea con lo Statuto Anziani e con il Piano d'azione internazionale sull'invecchiamento, si riconosce l'urgenza del consolidamento della rete di protezione sociale e la promozione degli anziani, nella direzione di una società per tutte le età.

Il rispetto dell'articolo 71 dello statuto degli anziani in Brasile ha determinato l'obbligatorietà per tutti i diritti degli anziani come la salute, la vita, il tempo libero, i posti prioritari nelle agenzie statali e federali, nei trasporti, nell'ambito dell'istruzione, dello sport, anche se in concreto, in Brasile, c'è ancora molta strada da fare perché la realtà attuale è che le persone mature, i saggi della vita, i maestri di esperienza e di vissuto, sono trattati con indifferenza e disprezzo, provocando molto dolore e miseria.

Lo scritto esprime un vero profilo di originalità ed una significativa sensibilità per il

tema delicato e complesso del diritti umani.

E' auspicabile, anche in Italia, l'adozione di uno Statuto per gli anziani al fine di tutelare e proteggere una categoria di persone decisamente preziose ed infungibili per l'intero tessuto sociale.

§§§

Introdução

O artigo que ora se apresenta tem como foco de pesquisa explicitar a obrigatória aplicação do Estatuto do Idoso não só como um mecanismo infraconstitucional, mas também demonstrar que a dignidade da pessoa humana se trata de uma norma-princípio que vem e orienta a ordem jurídica, e se encontra contida no centro de todos os direitos previstos na Constituição Federal de 1.988.

E que funciona como elemento ético unificador, e dessa forma ocupando uma posição de destaque, quanto à aplicação, interpretação e integração das leis, principalmente quanto à dignidade da pessoa humana, e a priorização dos direitos dos idosos.

E como se pode observar é por meio dos direitos fundamentais que se encontra toda realização no mundo jurídico e social, por se tratar de garantias fundamentais que se encontram preservadas e efetivadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por isso foi possível à elaboração de novas leis com a finalidade de amparo e a concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, e que veio possibilitar uma positivação infraconstitucional, que possuem eficácia imediata, e foi dentro desse contexto, que surgiu no ordenamento jurídico pátrio a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida como o Estatuto do Idoso.

Que o Estatuto do Idoso foi realmente promulgado com o objetivo de concretizar os direitos dos idosos, mas convém esclarecer de que todos os direitos da pessoa idosa no Brasil já se encontravam assegurados pelas disposições constitucionais dispostas na Constituição Federal de 1.988, e que também funciona como uma forma de reafirmar, a família, a comunidade, a sociedade e ao poder público que existe uma necessidade iminente de que os direitos e as garantias dos idosos deveriam ser vistos e entendidos no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Por isso a entrada em vigor da nova lei dos idosos, chegou no sentido de consagrar esses

direitos fundamentais, sendo que sua concretização independe de qualquer regulamentação, vez que o princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais envolveu diretamente e eficazmente na aplicação imediata dos direitos fundamentais, e que acabou por vincular todas as entidades públicas

2 - O idoso e a prioridade social e legislativa no Brasil.

Como se pode observar com a inclusão dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade no Direito Constitucional que representa sem sombra de dúvidas de um novo entendimento do Estado, no sentido em que se pode conceber ao idoso a tentativa de lhe proporcionar melhor qualidade de vida.

E foi o que ocorreu quando da criação do Estatuto do Idoso, mas mesmo assim apesar da lei se encontrar vigente os resultados no sentido de produzir o bem estar do idoso, o respeito a sua condição física, que carecem de atenção especial, e o zelo que se deve ter por algum que já serviu ao país, seja de forma direta ou indireta por grande parte de sua vida, ainda não está sendo devidamente atendido. (FREITAS, 2008).

Por isso, a qualidade de vida do idoso no Brasil, que é composta de vários fatores como o respeito, a saúde, a educação, e o biodireito, e que o Estado tem o dever de proporcionar a todos os idosos os meios que são necessários para se conquistar e manter a sua cidadania, para que possa continuar atuante, para que de certa forma possa envelhecer com dignidade. (ANDRIGHI, 2004).

Sendo que tais direitos são conferidos aos idosos pelos Direitos Sociais constante nas disposições da Constituição Federal de 1988, e ora pelo Estatuto do Idoso, no sentido que todas as garantias e direitos que funcionam como amparo, e proteção, social, cultural e jurídica, possam se desenvolver com vistas às normas que já existem no ordenamento jurídico pátrio, para que sejam promovidos recursos sociais e materiais para que todos os direitos dos idosos sejam mantidos e promovidos. (RAMAYANA, 2004).

É certo de que o Estatuto do Idoso se trata de uma lei especial, que tem o foco de desenvolver algumas políticas, destinadas ao amparo, a resolução dos problemas sociais e culturais que envolvem os idosos, mas estes possuem alguns direitos que são considerados imperiosos, como no caso de ver os processos em que figura como parte e que tenham a tramitação prioritariamente em todos os Tribunais do País, e em toda Administração Pública, além de ter atendimento prioritário em Agências Bancárias. (VERAS, 2002).

E ainda atendimento dos idosos que deve ser feito em toda rede ferroviária e rodoviária, e em todas as demandas que envolvem idosos, mas mesmo assim, não se podem fechar os olhos para todas as dificuldades que são encontradas pelas pessoas idosas que ainda sofrem com a indiferença, o desrespeito, a infelicidade da idade avançada, as doenças típicas da idade avançada, necessitando de todo apoio da família, da comunidade e de toda sociedade. (ÁVILA, 2003)

Outra forma de visualizar os problemas que envolvem os idosos no Brasil seria no sentido de é necessário e que de imediato se pudesse erradicar a violência, mesmo porque a Constituição Federal de 1.988, no artigo 230, dispõe sobre o dever do Estado em promover somente o bem ao cidadão idoso, esse dever ainda se estende a toda sociedade a família quanto ao amparar aos idosos, por isso quando ocorre a violência não só contra o idoso, mas também a outros membros da família, isso pode acontecer independente da distinção de idade, mas que isso seja coibido de acordo com os ditames constitucionais.(NOBRE JÚNIOR, 2004).

Mas o que se observa na realidade é de que as penas cominadas pelo legislador quanto à violência praticada contra o idoso acabaram por ser muito pequena, isto é, ainda não se consegue coibir totalmente todos os maus tratos contra as pessoas idosas, seja aquele que é praticado pela família, ou até por pessoas estranhas, e as punições aplicadas conforme lei ainda não são suficientes para atender a contento ou pelo menos inibir a pratica dos crimes contra a pessoa idosa.

Conforme se pode ver pelas disposições previstas nos artigos 96 a 108 da Lei 10.741/03, vez que os índices de violência contra os idosos no Brasil, atualmente é ainda motivo de alarme, e dessa forma mesmo com a edição do Estatuto do Idoso, o entendimento era de que existiria a possibilidade de cessar ou pelo menos minimizar os efeitos da violência contra a pessoa idosa, dentro do contexto familiar. (MORAES, 2004).

O que ainda não foi possível se conseguir, o objetivo, ainda não foi alcançado pelo menos no sentido de prevenir e conscientizar a população e a família quanto à ilegalidade dos maus tratos praticados em desfavor dos idosos brasileiros.

Dessa forma o Estatuto do Idoso, que foi aprovado em 2003, e que na realidade deveria representar a principal lei na qual seria explicitada todos os direitos dos idosos, e ainda de alguma forma apresentar todas as garantias constantes nos direitos fundamentais da pessoa humana. e na determinação de políticas específicas de atendimento básico ao

idoso, que pudessem garantir integralmente todos os direitos fundamentais destes indivíduos, ainda não se encontram devidamente implementadas. (MELLO, 2007).

E que mesmo que essa política fosse empregada para os idosos no sentido de que se pudesse ainda determinar políticas de atendimentos básicos a serem implementadas em caráter emergencial, porque os princípios da dignidade humana e os direitos sociais como mandamento constitucional são fundamentais na conscientização, na solidariedade de toda sociedade, na interpretação e na aplicação eficaz da normatização brasileira que protegem as pessoas idosas. (FREITAS, 2008).

É que o Estatuto do Idoso apresenta uma grande amplitude no que diz respeito às garantias asseguradas aos idosos, e convém esclarecer que existem algumas que devem ser explicitadas como a preferência na formulação de políticas sociais; o privilégio para os idosos na destinação de recursos públicos; a viabilização de formas eficazes de convívio, ocupação e participação dos mais jovens com os idosos. (BRITO DA MOTTA, 2010).

Além da prioridade no atendimento público e privado; os direitos a alimentos, a manutenção do idoso com a sua própria família; o estabelecimento de mecanismos que esclareçam à população o que é o envelhecimento; a garantia de acesso à rede de saúde e à assistência social; e a definição dos crimes contra as pessoas idosas e suas respectivas penalidades. (MICHELS, 2009).

Dentre essas e outras propostas que se pode observar com a entrada em vigor da Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso é o de utilizá-lo juridicamente para uma fundamentação processual quando não houver a observância de princípios constitucionais explícitos, como o da igualdade, da proteção primordial dos idosos, e ainda é necessário demonstrar que existem crimes e desrespeitos aos direitos dos idosos, como no caso dos maus tratos a idosos, do atendimento prioritário, da violência e dos crimes contra a pessoa idosa, tendo em vista que o Estatuto do Idoso acabou por ser instituído, com a intenção de coibir e punir a prática de qualquer tipo de violência contra os idosos. (DIAS, 2006).

Apesar de todo o avanço médico que tem permitido uma melhor qualidade de vida às pessoas, e dessa forma e por consequência estão vivendo mais, e ainda faz com que aumente o número de idosos, então todos os idosos devem ter direitos a cuidados prioritários, e deve merecer toda a atenção da família, sociedade e Estado, o que de certa forma se trata de uma responsabilidade solidária que acontece entre esses todos, seja a

sociedade, a família ou o Estado, o principal é o bem estar do idoso. (SARLET, 2009).

3 - O estatuto do idoso, sua alteração e a eficácia no Brasil.

Por ser o processo de envelhecimento natural do ser humano e que provoca mudanças físicas, psicológicas e sociais, sendo a velhice, portanto, um estágio obrigatório na vida de todos, por isso a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera idosa toda pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais, dessa forma seguindo esse critério, o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, no artigo 1º, também atribui a qualidade de idoso àquelas pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (RAMOS, 2014).

A proteção legal no Brasil dos direitos das pessoas idosas pode ser considerada muito ampla, como se pode ver pelas disposições constantes na Constituição Federal de 1.988, onde os direitos fundamentais da pessoa humana são garantidos a todos os brasileiros e até aos estrangeiros, e principalmente garantidos aos idosos, que são pessoas fisicamente mais frágeis e, em razão disso, merecem ainda mais atenção por parte da coletividade, da família, da sociedade e do Estado. (DIAS, 2009).

As notícias que são veiculadas pelos noticiários mostram uma das facetas do descumprimento legal, podem-se citar como no caso dos maus tratos que os idosos sofrem então essa dura e cruel realidade nos remete a analisar de forma mais criteriosa as normas que têm por intuito a proteção desses indivíduos, e por meio desse estudo pode-se perceber que o Estatuto do Idoso já não tem o devido potencial para combater esse tipo de violência, e isso se dá por meio das baixas penas que são cominadas dependendo do tipo penal. (ABATH, 2010).

A realidade atual demonstra que são os próprios familiares, aqueles teriam a obrigação legal e parental de preservar a integridade física e psicológica dos idosos, e os estudos comprovam que a verdade é que são os familiares àqueles que mais tratam mal os seus idosos, por isso é que cabe ao Poder Público instituir medidas, no sentido de prevenção, e punição mais severas no sentido de coibir essas práticas de violência que são cada vez mais comuns, no seio familiar, na sociedade e na comunidade com o tratamento inadequado aos idosos. (BRITO DA MOTTA, 2010).

É certo de que o Estatuto do Idoso foi um grande passo na tentativa de combater a violência doméstica contra o idoso, todavia, o Brasil ainda tem muito que desenvolver para mudar essa realidade, fazer com que o Estatuto seja efetivamente aplicado.

Porque a realidade é que a violência contra o idoso atinge todos os níveis socioeconômicos, sem distinção de raça, credo, etnia, e dessa forma apenas continuam sendo vítima de toda forma de violência seja a física, a emocional, o abandono, a omissão de socorro, os maus tratos, o cárcere privado, além de sequestro relâmpago, onde o idoso é levado até uma determinada agência bancária, e todo seu saldo é retirado, para depois ser solto novamente, existe também os casos de extorsão, e até de ameaça, mas na maioria dos casos os idosos não denunciam os agressores por ser alguém muito próximo como filho, filha, vizinho, amigos, e outros. (FALEIROS, 2010).

Mas também há de se levar em conta de que os princípios éticos e morais se observa que estão sendo banalizados, e como a ética é o conhecimento que se encontra a disposição e a serviço da vida, mas também se trata de uma das formas de combater as violências e os maus tratos em desfavor dos idosos.

Acontece que o uso da ética nos casos de violência e maus tratos conduzem a todos a uma reflexão ou ainda a busca de respostas a situações extremas e ao respeito pelo ser humano e os seus valores reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, e pelo Estatuto do Idoso. (SILVA, 2004).

Dessa forma para que as leis sejam eficazes é necessário que os familiares nos casos de violência e maus tratos infringidos aos idosos sejam punidos e que a recuperação do contato com seus entes queridos sejam reforçados, por meio até de programas governamentais de amparo aos familiares, mas ainda não existem políticas públicas de amparo ao idoso e o tratamento de sua família.

Convém esclarecer de que o Estatuto do Idoso, já sofreu uma alteração, com a entrada em vigor a Lei 13.466/2017, onde por meio do *Art. 1º alterou os artigos. 3º, 15 e 71 da Lei nº. 10.741/ 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, no sentido de estabelecer que idosos com mais de 80 anos tenham direito à prioridade especial, sendo que foi considerado de que a pessoa depois dos 80 anos tem mais dificuldades em todos os sentidos, desde locomoção, até saúde física e mental, do que o idoso que possui 60 e 70 anos, por isso, foi dessa forma justificado o aperfeiçoamento do Estatuto do Idoso. (MORAES, 2004).*

Com a alteração, os maiores de 80 anos sempre terão suas necessidades atendidas com preferência em relação aos demais idosos, “Em todos os atendimentos de saúde, os maiores de 80 anos terão preferência especial sobre os demais idosos. exceto em caso de

emergência”, dispõe a Lei 13.466/2017, sendo que de acordo com o Estatuto do Idoso, antes da alteração eram consideradas idosas pessoas somente as pessoas que tivessem a partir de 60 anos. (FARIAS e ROSENVALD, 2017).

Ainda a alteração do Estatuto do Idoso levou em consideração de que em todas as contendas judiciais, se torna ainda mais importante a preferência para os octogenários por entendimento no sentido de que não adiantaria fazer o atendimento ao direito do idoso, e a prestação jurisdicional se atendida somente após a morte do idoso, por isso a prioridade dos octogenários aos sessentões. (MELLO, 2007).

A nova Lei 13.466/2017 prioriza então os idosos com mais de 80 (oitenta) anos, vez que a expectativa de vida do brasileiro, apesar de todo avanço na medicina e nos novos processos de tratamento de saúde, e que segundo a alteração, os maiores de 80 anos sempre terão suas necessidades atendidas com preferência em relação aos demais idosos brasileiros.

Trata-se a nova Lei de uma forma de complementação aos direitos dos idosos, que se encontram dispostos no Estatuto do Idoso ou Lei 10.741/2003, vez que a legislação vigente é de certa forma maligna para os idosos principalmente na tramitação e procedimentos que tramitam junto a justiça, seja estadual ou federal, onde a morosidade da justiça brasileira é muito caótica e catastrófica para o idoso ou pessoas com idade igual ou superior a 60(sessenta) anos. (FALEIROS, 2010).

Principalmente daqueles que sofrem com na pratica processual da procrastinação, e da demora nos atendimentos as queixas do idoso e na sua aplicação tão delongada da justiça, e que deveria ser em verdade mais rápida e célere para a finalização dos processos em que envolvem as pessoas idosas, e suas pretensões se tornam inalcançáveis ainda nesta vida, então a nova alteração veio para demonstrar que os idosos estão atentos e reclamam de todos os procedimentos do judiciário e de sua efetiva prestação jurisdicional atempadamente. (ALVES, 2001).

É verdade seja o Estatuto do Idoso com as devidas alterações legislativas atuais, que vem mais como mecanismo adicional para reafirmar as necessidades de auxílio às pessoas acima de sessenta anos, e agora com atendimento preferencial aos idosos com mais de oitenta anos, a bioética ainda precisa prevalecer no contexto familiar e social do idoso..

Entretanto, devido a impropriedades em sua formulação e a não observância do devido

processo legal, parece até o momento ser impossível sua utilização simplesmente pela sua não adequação à Constituição Federal em vigor, por isso, é necessário que se possa entender e demonstrar a realidade dos fatos, dos atos, e a eficácia legal em defesa do idoso que vige no Brasil. (SIQUEIRA, 2007).

Como se pode observar com a alteração do Estatuto do Idoso, o acesso à justiça, mas considerando de que quanto a morosidade da justiça, sempre foi assegurado ao idoso a prioridade na tramitação dos processos judiciais, inclusive a capa de todos os processos com a participação de idosos eram conhecidos pela cor, que era distinta dos demais processos em tramitação, como se pode ver pela disposição do artigo 71 do Estatuto do Idoso, *in verbis*:

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

§ 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

§ 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos.

§ 3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

§ 4º Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis.

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos. (Incluído pela Lei nº 11.765, de 2008).

A disposição do Art. 71 do Estatuto do Idoso que foi alterado pela Nova Lei 13.466/2017, que alterou os dispositivos do Estatuto do Idoso para dar preferência especial a

octogenários, inclusive em processos judiciais, e que a medida concede prioridade aos maiores de 80 anos, em relação aos demais idosos.

Pois se entende tratar-se de grupo ainda mais vulnerável, e ainda quanto a processo que tramitam junto ao Judiciário houve a alteração do Art. 71, § 5º, no sentido de que essa alteração deve visar o aumento das chances de apreciação de processos ainda em vida dos idosos isso a exemplo de precatórios. (FARIAS e ROSEVALD, 2017).

Pois bem com tal alteração do Art. 71 do Estatuto do Idoso, foi criada uma prioridade especial, sendo certo que já existente essa prioridade que era extensiva a todos os idosos maiores de sessenta anos.

Porque, dentre os idosos, há de se levar em consideração de que existem aquele que necessitam em razão de suas condições decorrentes da idade, de um atendimento ainda mais célere seja quanto ao atendimento hospitalar, ou na tramitação mais célere dos processos judiciais do qual é parte, e ainda até e na efetivação de seus direitos fundamentais que sejam atendidos seja pela família, ou pela sociedade e até pelo Poder Público. (FARIAS e ROSEVALD, 2017).

A nova disposição do artigo 71 devidamente alterado como se pode ver, ficou assim disposto:

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

(...)

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos. (Incluído pela Lei nº 13.466, de 2017), (grifo nosso).

Dessa maneira é possível observar que no artigo acima citado, se encontram todos os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa humana, que estão pelo menos para o Legislador devidamente seguido quando na apresentação do texto legal, no sentido da aplicação das normas que versam sobre o idoso brasileiro. (BARCELOS, 2013).

Mas caminhando sempre em conjunto com a aplicação dos Direitos constitucionais dos idosos que são entendidos como direitos sociais, como sendo a prioridade no atendimento do idoso nos casos que envolvam a saúde, a educação, o lazer, o trabalho, e a família.

Portanto, após todos os direitos adquiridos dos idosos brasileiros por meio de vasta legislação que se encontra em vigor, mas ainda é necessário que seja demonstrado a existência de algumas possibilidades de construção de uma nova sociedade onde todos os direitos dos idosos sejam respeitados, independentes de pressões legais e sociais, onde os Direitos Humanos, a Bioética e os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana possam ser respeitados. (GOMES JUNIOR, 2004).

E dessa forma seja dentro das normas já existentes, ou dentro dos direitos dos idosos, é necessário que toda sociedade se una e respeite, além de buscar e conhecer todos os conceitos da bioética, e dos Direitos Humanos.

Porque o que acontece, é que por vezes para que determinados grupos de pessoas alcancem a plenitude desses direitos, é preciso uma atuação ativa do Estado, sendo necessária a formulação de normas que particularizem os meios de se alcançar essa almejada efetivação, mesmo porque os direitos fundamentais devem ser compreendidos não só estaticamente, mas de forma dinâmica, através das formas da sua concretização seja familiar, estatal ou social. (DIAS, 2010).

4 - Os princípios da dignidade da pessoa humana e o amparo ao idoso como nova concepção do estado brasileiro.

Como se pode observar com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, em conjunto com os regramentos da Constituição Federal de 1988, no sentido da inclusão dos princípios da dignidade da pessoa humana, e também o princípio da solidariedade, onde o idoso deve ser respeitado como homem, e pode usufruir de uma existência digna, e plena.

É certo de que o envelhecimento do homem é inevitável, que se dá em decorrência da ação do tempo, e dos fatores da natureza, mas durante o século XXI, os avanços da ciência e das pesquisas médicas no sentido de prolongar a vida são inúmeros.

Ocorre que o direito bem como toda atividade do Poder Público busca acompanhar esse desenvolvimento social, com a edição de leis direcionadas diretamente no sentido de construir uma nova sociedade, onde todos possam usufruir de todos os princípios constitucionais, ou legais existente, para que o idoso tenha uma vida com qualidade e respeito. (BRITO DA MOTTA, 2010).

Essa conquista que os brasileiros idosos tiveram com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso e da nova Lei 13.466/ 2017, que alterou o Estatuto, realmente se percebem a

vontade do legislador, e ao mesmo tempo a confusão instalada e discutida pelos doutrinadores, sendo que a promoção atual da dignidade do ser humano, às vezes é confundida como uma boa qualidade de vida, outros entendem que o respeito aos idosos é fundamental para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. (FARIAS e ROSENVALD, 2017).

E existe o entendimento até de que se o idoso tiver a sua disponibilidade a saúde, representa que poderão ter uma boa qualidade de vida com acesso aos tratamentos, atendimento médico e fornecimento de medicamentos ao idoso sem qualquer custo, isto seria uma forma de tratá-lo com toda dignidade, conforme os ditames constitucionais vigente no País.

Porém outros doutrinadores entendem que colocar a disposição dos idosos, com a facilitação da educação no sentido de que os horários sejam flexíveis, e que todos os cursos oferecidos sejam feitos gratuitamente, isto é, o idoso teria garantido sua educação em todos os sentidos sem qualquer ônus, e dessa forma estaria sempre com sua autoestima em alta, vivendo com alegria e plenitude sua velhice. (BISOLI-ALVES, 2007).

Convém lembrar de que o principio da solidariedade, que se encontra estipulado na Constituição Federal de 1.988, funciona como todos os princípios que possam vir a assegurar o bem estar da pessoa humana, mais ainda são necessários sua observância para que seja considerado de forma pontual todos os métodos que forem utilizados para que o idoso possa obter esses valores de proteção e amparo, que seriam conseguidos por meio de políticas publicas no sentido de efetivar as normas já existentes.(WHITAKER, 2007).

A desigualdade no Brasil é certa que atingem diretamente os idosos, vez que os problemas atualmente existentes não tiveram seu inicio na atualidade, mas se trata de uma problemática muito antiga e cultural, e que pode ser entendida até de uma forma estrutural que se encontra arraigada no brasileiro.

Isto é, pode acontecer mesmo que a pessoa seja jovem, adulto ou até mesmo os idosos, possuem restrição contra o idoso, que não pode contar diretamente com a proteção estatal no sentido de que a desigualdade social, ou humana possa ser reduzida em curto prazo, e os idosos continuam privados de seus direitos fundamentais. (BRITO DA MOTTA, 2010).

Como é sabido que a família é a *celular mater* da sociedade, é onde o ser humano pode se sentir mais seguro, respeitado, e amado, por isso a família é de grande importância na vivência dos idosos, no seu amparo, e na sua completa proteção, mais infelizmente a realidade é dura e cruel, e hoje se pode observar que os idosos são violentados, torturados, usados, e até agredidos, dentro do contexto familiar. (BELARDINELLI, 2010).

Quanto aos abusos praticados contra os idosos que podem se entendidos como um processo das relações interpessoais seja praticado por grupos, de gênero, ou até de classes sociais, que possam vir a causar danos morais, materiais e até psicológicos ao idoso, no sentido de causar dano a pessoa idosa.

Ou até a diminuição de suas defesas pessoais e físicas, com adoecimento psíquico, e físico, inclusive nos casos de doenças psicossomáticas graves que podem levar o idoso ao suicídio, por isso é tão importante o acompanhamento do crescimento da população de idoso no Brasil e os cuidados que devem ser despendido em sua defesa e proteção. (BARCELOS, & MADUREIRA, 2013).

Como se pode perceber a família, o Estado e a sociedade são de fundamental importância quanto ao respeito e os cuidados com os idosos, vez que somente exigindo da família que o tratamento do idoso seja feito dentro do maior respeito, admiração, amor e paciência, com as impaciências tão características da pessoa idosa, e da sociedade com a conscientização de sua obrigação legal no respeito aos idosos, servindo inclusive de lição para os jovens refletirem que por uma questão de sequencia de vida também serão idosos um dia, e claro gostaram de ser amados e respeitados, isto é a necessidade mínima e básica para a existência digna do cidadão. (NERI, 2007).

Com relação ao Estado que deve programar campanhas de esclarecimento a toda população, com palestras nas escolas, com inicio no ensino fundamental, reuniões com as comunidades e mídias para que o processo de envelhecimento seja mais bem conhecido, e que a preservação do ser humano, bem como todos os princípios constitucionais em vigência sejam devidamente respeitados e aplicados, mesmo porque há de se levar em consideração que as pessoas idosas se encontram com seus índices em crescimento, isto é, o Brasil está envelhecendo, mas que esse envelhecimento seja feito com toda harmonia social e jurídica. (RAMAYANA, 2004).

Por isso a integração entre a família, o Estado e a sociedade, deve ser efetiva e imediata,

e que seja no sentido da proteção e prevenção dos direitos do idoso, seja frente ao Estatuto do Idoso, da Lei 13.466/ 2017, ou mesmo da Constituição Federal de 1988, em vigor no País, mas que também deve proporcionar condições para promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações sociológicas sobre as várias etnias com a finalidade de analisar sobre os direitos dos idosos. (ÁVILA, 2003).

E que seja feito por meio de leis de amparo ao idoso e que sirva até para a sistematização de dados, que até podem ser divulgados pelos meios de comunicação, sendo que os valores éticos e sociais da pessoa idosa e da família conforme a disposição do Art. 221, IV, da Constituição Federal de 1.988, em vigor no País, é no sentido que o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, devem ser rigorosamente respeitados. (SILVA,2005).

Então se espera que o caminho para reverter este processo de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e do idoso, e sendo certo, que isso passa por diversos aspectos e um deles, indiscutivelmente, tem início na escola, e é na sala de aula, que se aprende, com exemplos e posturas bioéticas, e que seja feita aos acadêmicos, que no futuro como profissionais, poderão não só moldar suas condutas de forma legal, mas também social, contribuindo para uma sociedade mais justa. (RAMOS, 2014).

É certa que um dos primeiros contatos do ser humano é com a educação, e fora do contexto familiar, é sem sombra de duvida a escola, que ao desempenhar sua função social, caracteriza-se como um espaço democrático que deve oportunizar a discussão de questões sociais e possibilitar o desenvolvimento do pensamento crítico do cidadão, e o respeito ao próximo, e aos idosos. (KARSCH, 1998).

E como se sabe, é o professor que traz as informações e as contextualiza-as, além de contribuir oferecendo caminhos para que os alunos e acadêmicos adquiram mais conhecimentos, por isso o objetivo desse trabalho em analisar e demonstrar que o Estatuto do Idoso, e as formas de maus tratos e violências praticadas contra os idosos, devem e necessitam ser discutida e conhecida no ambiente de sociabilidade entre as crianças e os adolescentes, que se espera possa acarretar na difusão sócio cultural, e bioética, e as formas de comportamento para cada sexo, e sabe-se que são realmente estimulados desde o ambiente escolar. (DIAS, 2009).

Certamente será de grande valia e utilidade para as diversas camadas da sociedade que vivem esse problema de desrespeito aos direitos dos idosos e para que possam conhecer

seus direitos e suas obrigações, de forma clara e límpida, e assim evitar que a violência desmedida ocorra contra principalmente contra o idoso no contexto familiar, e que possa afetar as novas gerações, mas de forma positiva, e que os novos padrões de família possam ser baseados nas leis existentes no País que pregam principalmente o respeito, o afeto e a harmonia familiar.

5 - Conclusão

Seja a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Idoso, ou a nova Lei 13.466/17, que alterou o Estatuto do Idoso, são sem dúvida normatizações que protegem e garantem os direitos da pessoa idosa, mas convém esclarecer de que tais leis tem também sido usadas por alguns idosos brasileiros como uma arma com a qual faz uso para poder oferecer em sua defesa, ou seja, lança mão da lei praticamente para se proteger de atos lesivos praticados pelos familiares, ou até mesmo pela sociedade.

É certo que se trata de uma temática muito difícil de ser investigado, porque existem vários tabus que envolvem, e acabam por trazer a luz questões familiares que o idoso não quer se envolver, seja por vergonha, por desamor, por vingança e até sentimentos que se encontravam escondidos por muitos anos.

E é justamente na velhice que chegam a aflorar , deixando o idoso em alguns casos até agindo de forma violenta e irascível em suas relações familiares e sociais, e se pode observar principalmente quando se encontram em lugares diferentes de seu cotidiano, ou até mesmo em espaços de lazer da terceira idade.

O idoso não é uma pessoa agressora é um ser humano dotado de carinho, afeto, respeito e sociável, por isso é muito importante que possa participar de clubes, danceterias, cafeterias, roda de prosa onde possa demonstrar seus sentimentos, ser ouvido, ouvir, compreender, colocar seu sofrimento e dividi-lo com outros ouvintes, mesmo porque garantir o direito do idoso é, antes de tudo, assegurar sua qualidade de vida, e dessa forma promover a dignidade da pessoa humana idosa.

É bom ainda demonstrar de que a proteção à velhice, como já se viu não é um tema atual, vez que já foi até reconhecida no artigo XXV da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, de dispõe no sentido de que :Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Além do direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de subsistência em circunstâncias fora de seu controle, por isso a presença atuante e eficaz do Estado no sentido de proteger os direitos dos idosos é de suma importância para a consagração dos direitos fundamentais da pessoa humana e do idoso.

E ainda existe a necessidade de que a sociedade, e a família sigam e respeitem os dispositivos legais sobre de proteção e de solidariedade dos idosos, atuam conjuntamente para que a valorização do idoso seja plena e direcionada ao seu amparo, com a presença constante da família solidificando todas as bases no sentido de conhecer melhor a realidade legislativa que se encontra a disposição dos idosos, com base na efetivação e proteção do direito do idoso no Brasil.

Referências

ABATH, M. B., Leal, M. C. C., & Melo Filho, D. A. (2012). **Fatores associados à violência doméstica contra a pessoa idosa**. Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia, 15(2), 305-314.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O acesso do idoso ao judiciário**. Plenarium, Brasília, nov. 2004. v.1, n. 1, p. 215-218.

ALVES, Rubem. **As cores do crepúsculo: a estética do envelhecer**. São Paulo: Papyrus, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELOS, E. M., & Madureira, M. D. S. (2013). **Violência contra o idoso**. In F. Chaimowicz (Ed.), Saúde do idoso (pp.132-141). Belo Horizonte: UFMG.

BELARDINELLI, Sérgio. **A pluralidade das formas familiares e a família como insubstituível “capital social”**. In.: Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais. Orgs. ngela Borges e Mary Garcia Castro. 2ª. Ed. Capítulo 3. São Paulo: Paulinas, 2010.

BRITO DA MOTTA, Alda. **Família e Gerações: atuação dos idosos hoje**. In.: Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais. Orgs. ngela Borges e Mary Garcia Castro. 2ª. Ed. Capítulo 3. São Paulo: Paulinas, 2010.

BISOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes. & MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos. **Repensando as questões da tolerância e dos direitos humanos vinculados à família**. In.: **Família, subjetividade, vínculos**. Ana M. A. Carvalho, Lúcia Vaz de Campos Moreira, organizadoras. São Paulo: Paulinas, 2007.

CAMARANO, Ana Amélia & Pasinato, Maria Tereza. **Envelhecimento, condições de vida e Política Previdenciária**. Rio de Janeiro: IPEA, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista

dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

DEBERT, Guita Grin. **A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade**. In.: Velhice ou Terceira Idade? Org. Myriam Moraes Lins de Barros. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica: uma nova lei para um velho problema**. IBCCRIM n. 168, ano 14, novembro/2006.

FALEIROS, A.M.L. Loureiro & M. A. Penso (Eds.), **O conluio do silêncio: a violência intrafamiliar contra a pessoa idosa** (pp.2-19). São Paulo, SP. 2010.

FARIAS Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias..** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FREITAS, Júnior. Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Estatuto do idoso** – Lei federal 10.741/2003. Aspectos processuais – observações iniciais. Revista de Processo. Maio/junho. 2004. n. 115, p. 110-127.

KARSCH, U. M. S. (org.). **Envelhecimento com dependência: revelando cuidadores**. São Paulo: EDUC, 1998.

LORENZ K. **A agressão – uma história natural do mal**. (2a ed.). Trad. Maria Isabel Tamen. Moraes, Lisboa. 1979.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo, Malheiros, 2007.

MICHELS, Rosane Ramos de Oliveira. **Acesso à justiça – a efetividade da priorização do processo do idoso**. VIII congresso magistrados estaduais, Pelotas, jun. 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Violência Intrafamiliar: orientações para a Prática em Serviço**. Brasília DF: Ministério da Saúde; 2002. Rede Feminista de Saúde.

MORAES, Alexandre de. **Cidadania das Pessoas Idosas e o Novo Estatuto**. As Regras Mudaram - Questões de [Direito Civil](#) e o Novo Código. São Paulo, p. 46-95, 2004.

NASCIMENTO ,Lucinda MC, MG & Candau VM 1999. **Escola e violência**. DP&A, Rio de Janeiro. Martucelli D. 1999.

NERI, Anita Liberalesso. (org) **Idosos no Brasil: Vivências, Desafios e Expectativas na Terceira Idade**. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, Edições SESC, SP, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Revista de processo. Janeiro/fevereiro. 2004. n. 113.p. 9-21.

PEIXOTO, Clarice Ehlers. **Entre o estigma e a compaixão e os termos classificatórios: velho, velhote, idoso, terceira idade...** In.: Velhice ou Terceira Idade? Org. Myriam Moraes Lins de Barros. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMAYANA, Marcos. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA, Maria Eliane Catunda de. **Velhice e Políticas Públicas**. In: NERI, Anita Liberalesso (org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Roberta Pappen. **Estatuto do Idoso em direção a uma sociedade de todas as idades**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 898, 18 dez. 2005.

VERAS, R. P. **Terceira idade: Gestão Contemporânea em Saúde**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. **O idoso na contemporaneidade: a necessidade de se educar a sociedade para as exigências desse “novo” ator social, titular de direitos**. In.: *Envelhecimento e Poder*. Campinas, SP: Alínea, 2007.

[1] Mestre e Doutora em Direito Civil, Diretora de Teses, Orientadora de TCC e Doutorado, Professora de Direito Civil e Direito Romano, UCDB/MS, Professora Pesquisadora PIBIC/CNPq do Brasil, Advogada, Doutrinadora.