

IL “GUARDADOR DE HECHO” O “CAREGIVER” IN ITALIA
THE “GUARDADOR DE HECHO” OR “CAREGIVER” IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1934-1961



Emanuela
MOROTTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: L'ordinamento italiano non ha ancora una disciplina ad hoc che dia riconoscimento giuridico al cosiddetto caregiver, ossia colui che assiste e si prende cura, spontaneamente e gratuitamente, di una persona cara non autosufficiente per tutte le necessità della vita quotidiana.

In ragione delle sue particolari caratteristiche, non sembra una soluzione adeguata ricondurre la figura in esame alla disciplina di istituti già noti, ma sarebbe più corretto qualificarla come una misura di protezione informale per la persona con disabilità, in linea con quanto già avviene in altri ordinamenti, come, ad esempio, in quello spagnolo.

PALABRAS CLAVE: Caregiver; tutela persone non autosufficienti; doveri morali e sociali; contatto sociale; misure di protezione dei soggetti deboli.

ABSTRACT: *A caregiver is someone that assists and takes care, spontaneously and for free, of a loved one with disabilities for all their daily needs. The Italian legal system does not yet have norms designed for their recognition and protection. Bringing it back to the already existing institutions does not seem to be enough, due to the particular characteristics of the caregiving, which would be more correctly qualified as an informal protection measure for people with disabilities, as already happens in other legal systems, like the Spanish one.*

KEY WORDS: *Caregiver; protection of people with disabilities; moral and social duties; social contact; protection measures for people with disabilities.*

SUMARIO.- I. CARATTERI, DENOMINAZIONE E NORME DI RIFERIMENTO.- II. UNA MANCANZA DI TUTELA MULTILIVELLO.- 1. La tutela in ambito di diritto del lavoro.- 2. L'ambito formativo e assistenziale.- III. IL PIANO CIVILISTICO.- 1. Mancanza di un obbligo di assistenza dei figli verso i genitori.- 2. Insufficienza dell'obbligo di prestare gli alimenti.- 3. L'ipotesi del rapporto giuridico per contatto sociale.- 4. L'ipotesi della gestione di affari altrui.- 5. L'esecuzione di un dovere morale o sociale.- IV. UN CONFRONTO CON IL DIRITTO SPAGNOLO E LA GUARDA DE HECHO.- V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. CARATTERI, DENOMINAZIONE E NORME DI RIFERIMENTO.

Secondo i più recenti studi di settore¹, nel 2018 in Italia sono complessivamente 2 milioni e 827 mila le persone, tra i 18 e i 64 anni, che si dedicano all'assistenza di familiari di età superiore ai 15 anni non autosufficienti, perché malati o disabili.

La normativa italiana, con la L. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, comma 255, recita: «Si definisce *caregiver* familiare la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18»².

- 1 I dati sono tratti dal Rapporto Istat su Conciliazione tra lavoro e famiglia, relativo all'anno 2018 e pubblicato il 18 novembre 2019 sul sito www.istat.it. Si rinvia anche al Rapporto Istat 2019, *Conoscere il mondo della disabilità: persone, relazioni e istituzioni*, sempre disponibile sul sito www.istat.it. Inoltre, secondo il rapporto del CENSIS 2015 sono più di 3 milioni le persone che soffrono di difficoltà funzionali gravi e, con l'allungamento della vita media, le previsioni stimano un aumento delle persone con disabilità, con una conseguenziale crescita della domanda di cure e di assistenza. Si è inoltre calcolato che oltre 2.500.000 persone non autosufficienti rimangano a vivere presso la propria abitazione o quella di parenti, ammontando al 18 per cento della popolazione, pari a più di 3 milioni di persone, coloro che nel contesto familiare si prendono cura regolarmente di parenti anziani, malati o con disabilità.
- 2 Si richiama, per completezza, anche il precedente comma 254, che insieme al comma 255, costituiscono gli unici riferimenti normativi in materia. In particolare, secondo il comma 254 "è istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri il Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare, con una dotazione iniziale di 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2018, 2019 e 2020. Il Fondo è destinato alla copertura finanziaria di interventi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del *caregiver* familiare, come definito al comma 255. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ovvero del Ministro delegato per la famiglia e le disabilità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti i criteri e le modalità di utilizzo del Fondo". Ad oggi, come riporta il sito delle Piccole e medie imprese italiane www.pmi.it, tale finanziamento non è stato finora utilizzato, non essendo stato completato l'iter di approvazione parlamentare del relativo disegno di legge.

• **Emanuela Morotti**

Assegnista di Ricerca presso Università di Padova. emanuela.morotti@unipd.it

Tale definizione non è sufficiente a descrivere pienamente il fenomeno in esame, rivelandosi carente sotto più aspetti³.

1) Innanzitutto, essa limita la figura del *caregiver* all'ambito del paradigma familiare, non considerando che ci sono realtà, nelle quali l'attività di cura e di assistenza di una persona non autosufficiente può svolgersi i) oltre il legame di parentela di terzo grado o di affinità di secondo grado citati espressamente dalla norma in esame; ii) e anche sulla base di legami di affetto o di amicizia, non essendoci ragioni per escludere dalla definizione di *caregiver* chiunque assista una persona cara non autosufficiente.

2) Il *caregiver* è persona diversa da chi ricopre il ruolo di tutore, curatore o amministratore di sostegno dell'assistito⁴, facendosi riferimento a chi svolge, in via di fatto, un'attività di cura e di assistenza, al di fuori di un preciso inquadramento giuridico di fonte legale.

3) Il *caregiver* resta, altresì, al di fuori di qualsiasi rapporto contrattuale, svolgendo la sua attività spontaneamente, senza un contratto di prestazione professionale con l'assistito, di mandato o di rappresentanza volontaria.

4) Per questo motivo, la sua attività è prestata gratuitamente.

5) Si tratta di un'attività che si svolge in maniera continuativa, per tale intendendosi sia la quotidianità dell'assistenza, sia il suo protrarsi nel tempo.

6) L'attività in esame riguarda la cura della persona non autosufficiente, l'assistenza materiale e il sostegno diretto per tutte le necessità della vita quotidiana.

Una definizione completa dovrebbe prendere in considerazione tutti questi aspetti, nonché proporre un termine italiano per descrivere tale figura, senza mutuarlo dall'inglese. Così è avvenuto, ad esempio, nell'ordinamento spagnolo,

3 Anche i disegni di legge che negli anni sono stati proposti in materia (e mai approvati) si erano preoccupati di integrare la definizione normativa di *caregiver*. In particolare, si vedano l'art. 2, comma 2, d.d.l. 55/2020, e art. 1, comma 2, d.d.l. n. 1461/2020: quest'ultimo aggiungeva il riferimento alla gratuità del lavoro prestato dal *caregiver*, precisando altresì il suo carattere continuativo, mentre entrambi i disegni di legge specificavano che l'attività di cura del *caregiver* familiare si svolgesse con le modalità più opportune in relazione alla situazione di bisogno della persona assistita, occupandosi di assistere e prendersi cura della persona e del suo ambiente domestico, di sostenerne la vita di relazione, di concorrere al suo benessere psico-fisico, di aiutarla nella mobilità e nel disbrigo delle pratiche amministrative, di rapportarsi con gli operatori del sistema dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari professionali che forniscono attività di assistenza e di cura.

4 Sul ruolo dell'amministratore di sostegno si rinvia a CARAPEZZA FIGLIA, G.: "La amministrazione di sostegno italiana como medida de protección de las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17°, pp. 304 ss.; PICCINNI, M., ROMA, U.: "Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, vol. 2, p. 727; ROMA, U.: "L'amministrazione di sostegno tra principio di leale cooperazione e sussidiarietà, esigenze di riforma, modelli attuativi e buone prassi", in AA. VV.: *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione* (a cura di G. SALITO, P. MATERA), Cedam, Padova, 2013, p. 556.

che ha, di recente, con la L. 2 giugno 2021, n. 8, introdotto una disciplina per il “*guardador de hecho*”. Per l'Italia, non è facile trovare un termine che non crei confusione con l'assistente o il badante, da un lato, e il tutore o curatore, dall'altro, potendosi, ad esempio, riferire al “responsabile di fatto alla cura e assistenza della persona con disabilità”.

II. UNA MANCANZA DI TUTELA MULTILIVELLO.

Anche sul piano sostanziale, la figura del *caregiver* può essere affrontata sotto diversi punti di vista.

Un primo ambito riguarda la sua tutela a livello lavorativo e previdenziale, considerato che egli non gode della protezione che spetta, invece, a chi svolge questo tipo di lavoro professionalmente nell'ambito di un rapporto di impiego con l'assistito. Un secondo aspetto riguarda la formazione del *caregiver* sul piano assistenziale, come figura da inserire in un programma integrato di assistenza accanto ad enti del territorio rivolti alla cura della persona con disabilità. Da ultimo, si analizzerà il profilo strettamente civilistico.

I. La tutela in ambito di diritto del lavoro.

Iniziando dal livello lavoristico, bisogna distinguere tra il *caregiver* che già svolge un'attività lavorativa e chi si dedichi solo alla cura e all'assistenza.

Il primo caso è affrontato dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104⁵, in particolare dall'art. 33⁶, che prevede, per i parenti o affini entro il terzo grado, permessi dal lavoro per assistere la persona che abbia una disabilità di livello grave.

5 Si tratta della “Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”.

6 L'art. 33, così recita: “1. La lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, hanno diritto al prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa dal lavoro di cui all'articolo 7 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati.

2. I soggetti di cui al comma 1 possono chiedere ai rispettivi datori di lavoro di usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa, di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino.

3. Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità, nonché colui che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente, hanno diritto a tre giorni di permesso mensile, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che la persona con handicap in situazione di gravità non sia ricoverata a tempo pieno.

4. Ai permessi di cui ai commi 2 e 3, che si cumulano con quelli previsti all'articolo 7 della citata legge n. 1204 del 1971, si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma del medesimo articolo 7 della legge n. 1204 del 1971, nonché quelle contenute negli articoli 7 e 8 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.

5. Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. 6. La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire dei permessi di cui ai commi 2 e 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e

Tale normativa non è ritenuta sufficiente, come dimostrano, negli ultimi anni, i numerosi disegni di legge presentati alle Camere (ma finora mai approvati)⁷, che mirano, sul piano soggettivo, ad estendere anche ai *caregiver* i medesimi permessi che la legge 5 febbraio 1992, n. 104 riconosce solo ad una ristretta cerchia di parenti e, sul piano oggettivo, a introdurre facilitazioni in termini di orario di lavoro, previdenza e detrazioni⁸.

In particolare, un concreto sostegno ai *caregiver* che svolgono anche un'attività lavorativa potrebbe essere offerto da una serie di misure dirette a garantire una maggiore flessibilità oraria⁹, attraverso il diritto a una rimodulazione dell'orario di lavoro e l'utilizzo della modalità di lavoro agile, con il diritto di scegliere, laddove possibile, la sede di lavoro più vicina alla residenza dell'assistito¹⁰, nonché l'istituzione di un fondo ferie solidale per il sostegno della conciliazione dell'attività lavorativa e di quella di cura e di assistenza. Sarebbe necessario prevedere, altresì, premi agevolati per i contratti di assicurazione eventualmente stipulati dal *caregiver* per la copertura assicurativa degli infortuni o della responsabilità civile collegati all'attività prestata¹¹, nonché il riconoscimento di detrazioni sulle spese sostenute¹².

I progetti di legge presentati contenevano anche una parziale tutela del *caregiver* che non svolgesse altra attività lavorativa (perché magari vi avesse totalmente rinunciato per dedicarsi agli altri), per il quale si era proposto che, a livello previdenziale, potesse avere diritto alla copertura di contributi figurativi, equiparati a quelli da lavoro domestico, a carico dello Stato, nel limite complessivo di tre anni. In aggiunta, si era proposta anche l'attivazione di specifici programmi per il supporto alla collocazione o al reinserimento lavorativo dei *caregiver* al

non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso. 7. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 si applicano anche agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità".

- 7 Tra i numerosi disegni di legge presentati in materia negli ultimi anni si veda, ad esempio, il d.d.l. n. 3527/2016, rubricato "Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura e assistenza familiare", presentato il 12 gennaio 2016; oppure il d.d.l. n. 2128/ 2017 riguardante "Norme per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare"; il d.d.l. n. 2266/ 2017 "Legge quadro nazionale per il riconoscimento e la valorizzazione del caregiver familiare"; il d.d.l. n. 2048 "Misure in favore di persone che forniscono assistenza a parenti o affini anziani". Tra i più recenti, si vedano il d.d.l. n. 55 del 2020, avente titolo "Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura e assistenza familiare" e il d.d.l. n. 1461 del 2020, rubricato "Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare".
- 8 Sulle quali si rinvia in dottrina a DE MOZZI, B.: "Permessi ex L. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito", *Lavoro nella Giur.*, 2019, num. 4°, p. 351; LEONE, G.: "Gravi motivi e patologie invalidanti nella concessione del congedo ex art. 42, c. 5, D.LGS. N. 151/2001: il corto circuito dell'I.N.P.S.", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 12°, p. 1200; LAMONACA, V.: "Indebita fruizione dei permessi ex lege n. 104/1992 e valutazione di proporzionalità del licenziamento", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 4°, p. 361.
- 9 Tema trattato sia dall'art. 7, comma 1, d.d.l. n. 1461/2020 e dall'art. 5, comma 5, lett. a), d.d.l. n. 55/2020. Per la dottrina in materia si veda LONGO, E.: "La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, num. 4°, p. 2853, nota a Corte Costituzionale, 18 luglio 2013, n. 203.
- 10 Ne tratta MARCHESINI, L.: "Il caregiver familiare e il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere", *Ilgiuslavorista.it*, num. 10 giugno 2019, p. I, nota a Cass., 1 marzo 2019, n. 6150.
- 11 Cfr. art. 5, d.d.l. n. 1461/2020 e art. 6 d.d.l. n. 55/2020.
- 12 Vedi in particolare art. 9, d.d.l. n. 1461/2020, rubricato "Detrazioni per carichi di famiglia".

termine della loro attività di cura e di assistenza, tramite interventi e azioni di politica attiva nell'ambito dei servizi per l'impiego. A tal fine, l'esperienza maturata nell'attività di cura e di assistenza sarebbe stata riconosciuta come competenza certificabile dagli organismi abilitati all'inserimento lavorativo, e valutata come credito formativo per l'acquisizione della qualifica di operatore sociosanitario o di altre figure professionali dell'area socio-sanitaria, nonché, per i *caregiver* inseriti in percorsi scolastici, come crediti formativi per attività extrascolastiche¹³.

Quelle citate sono solo alcune delle misure presentate in passato da vari disegni di legge, ma attualmente nulla di tutto ciò è stato approvato. In mancanza di una legge, la disciplina attuale comporta che "in linea generale, le attività di cura svolte dai familiari vengono considerate lavoro gratuito"¹⁴, per cui si esclude, normalmente, la configurazione di un rapporto di lavoro subordinato: il *caregiver* che avesse interesse a invocare un rapporto di questo tipo, dovrebbe provarlo in maniera rigorosa¹⁵.

2. L'ambito formativo e assistenziale.

I passati disegni di legge in materia hanno proposto la valorizzazione del ruolo del *caregiver*¹⁶ attraverso il suo riconoscimento formale ad opera del sistema integrato dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che costituiscono il servizio competente per le richieste di intervento per la valutazione multidimensionale delle persone in

13 Cfr. art. 5, d.d.l. n. 55/2020, rubricato "Valorizzazione e sostegno della conciliazione tra attività lavorativa e attività di cura e di assistenza".

14 Così PISTORE, G.: "Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il *caregiver* familiare", in AA.VV.: *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali* (a cura di R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI, R. NUNIN, M. TIRABOSCHI), ADAPT University Press, Modena, 2020, p. 209.

15 Lo spiega PISTORE, G.: "Alla ricerca di un inquadramento", cit., p. 209: "Secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale consolidato, alla base della prestazione di lavoro domestico resa in favore del familiare sussiste una *affectionis vel benevolentiae causa*, la quale esclude la presenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'annesso apparato protettivo. Ciò significa che, per superare tale presunzione, è necessario fornire la prova rigorosa degli elementi tipici della subordinazione tra i quali, soprattutto, l'assoggettamento al potere direttivo organizzativo altrui e l'onerosità. Questo è confermato dal decreto del Presidente della Repubblica n. 1403/1971, che disciplina l'obbligo delle assicurazioni sociali nei confronti dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari. L'articolo 1 di tale decreto prevede infatti che l'esistenza di vincoli di parentela o affinità fra datore di lavoro e lavoratore comporti l'obbligo assicurativo solo quando sia provato il rapporto di lavoro. La regola però non vale in generale. Il decreto prosegue stabilendo che l'onere della prova non sia richiesto quando si tratti di persone che, pur in presenza di vincoli di coniugio, parentela od affinità, svolgano determinate mansioni tra cui: 1) assistenza degli invalidi di guerra civili e militari, invalidi per causa di servizio, invalidi del lavoro, fruente dell'indennità di accompagnamento; 2) assistenza dei mutilati ed invalidi civili fruente delle provvidenze di cui alla legge 30 marzo 1971, n. 118, o che siano esclusi da dette provvidenze per motivi attinenti alle loro condizioni economiche e non al grado di menomazione; 3) assistenza dei ciechi civili fruente del particolare trattamento di pensione previsto dalla legge 10 febbraio 1962, n. 66, o che ne avrebbero diritto qualora non fossero titolari di un reddito superiore ai limiti stabiliti dalle disposizioni che disciplinano la materia. Quindi, il *discrimen* tra presunzione di gratuità e onerosità della prestazione risiede nell'assolvere a compiti che vanno oltre i semplici obblighi familiari, involgendo delle attività che, a ben vedere, spetterebbero allo Stato".

16 Tale aspetto è presente sia all'art. 4 d.d.l. n. 55/2020, rubricato "Valorizzazione e sostegno del ruolo di cura e di assistenza", sia all'art. 1 art. 1, comma 1, d.d.l. n. 1461/2020, nel quale si faceva riferimento al "valore sociale ed economico connesso ai rilevanti vantaggi che dalla sua opera trae l'intera collettività"

situazione di non autosufficienza o di disabilità. In particolare, si era previsto che ai loro uffici fosse affidato il compito di determinare il contributo di cura e di attività del *caregiver*, nonché le prestazioni, gli ausili, i contributi e i supporti che i servizi sociali, sanitari e assistenziali si impegnano a fornirgli¹⁷.

Gli ulteriori interventi di sostegno prevedevano che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano adottassero le iniziative necessarie ad assicurare al *caregiver* un'informazione puntuale ed esauriente sulle problematiche della persona assistita, sui suoi bisogni assistenziali e sulle cure da seguire, sui criteri di accesso alle prestazioni sociali, socio-sanitarie e sanitarie, nonché sulle diverse opportunità e risorse esistenti nel territorio a tal fine. In quest'ottica erano state proposte opportunità formative e di supporto al *caregiver*, anche sotto il profilo psicologico, e misure di sostegno per quanto riguarda l'assistenza di base tramite personale appositamente qualificato o attraverso reti solidali, con l'obiettivo di ridurre il possibile isolamento sociale del *caregiver*, assicurandogli un contesto sociale di supporto e misure per facilitare la gestione quotidiana della persona assistita, come ad esempio la domiciliarizzazione delle visite specialistiche nei casi di difficoltà di spostamento¹⁸. In questo primo gruppo di interventi sarebbero rientrate anche azioni di sensibilizzazione¹⁹ della popolazione sul valore sociale di tale figura, mediante l'istituzione della Giornata nazionale in suo onore²⁰ e la promozione di apposite campagne d'informazione. Ad oggi, nulla di tutto questo è stato fatto.

III. IL PIANO CIVILISTICO.

Il *caregiver*, svolgendo un'attività non contrattualizzata²¹, estranea, altresì, ai ruoli propri delle figure di protezione previste per le persone prive in tutto o in parte di autonomia (cfr. tutore, curatore e amministratore di sostegno), necessita di un inquadramento a livello civilistico, che spieghi in che termini si pone la sua relazione con l'assistito.

17 Vedi art. 3, d.d.l. n. 55/2020.

18 Così art 4, comma 1, lett I), d.d.l. n. 55/2020 e art. 6, d.d.l. n.1461/2020.

19 Vedi art. 7, d.d.l. n. 55/2020, rubricato "Azioni di sensibilizzazione".

20 Così art. 7, comma 1, d.d.l. n. 55/2020.

21 LONG J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento", *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2010, num. 12°, p. 601, individua numerose forme in cui la prestazione di assistenza e di cura può essere contrattualizzata, specificando che "Talvolta invece è una persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, con la conseguenza che deve applicarsi la disciplina prevista per i contratti del consumatore (pensiamo ai contratti di ospitalità conclusi con una casa di riposo o ai contratti di assicurazione *long term care*)[...]". Di solito sono contratti a prestazioni corrispettive (es. contratto di collaborazione domestica); più raramente sono misti a donazione (es. contratto che disponga il trasferimento di un immobile quale corrispettivo di una prestazione di assistenza di valore significativamente inferiore al prezzo di mercato dello stesso".

Breve premessa: non sorge un problema di qualificazione, qualora l'attività in esame possa essere ricondotta ai doveri di mantenimento dei genitori verso i figli, previsti agli artt. 147, 315 bis e 6 bis c.c.²², oppure agli obblighi di reciproca assistenza morale e materiale che sussistono tra i coniugi alla luce dell'art. 143, comma 2, c.c.²³, estesi anche agli uniti civilmente (cfr. L. 20 maggio 2016, n. 76, art. I, comma 11) e ai conviventi di fatto (cfr. L. 20 maggio 2016, n. 76, art. 36).

I. Mancanza di un obbligo di assistenza dei figli verso i genitori.

Spesso i figli assistono i genitori anziani o non più autosufficienti²⁴, ma il Codice civile non contiene indicazioni che consentano di configurare un vero e proprio dovere dei figli di prendersi cura dei genitori. A tal fine, si può richiamare solamente l'art. 315 bis, comma 4, c.c., dove si prevede che "Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa".

La norma contiene diversi aspetti che impediscono una sua estensione anche al caso in esame.

La prima limitazione è di tipo contenutistico, dato che la prima parte della norma si riferisce ad un generico dovere di rispettare i genitori²⁵, mentre, la seconda parte,

- 22 Per un'analisi degli obblighi di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli si rinvia diffusamente a BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 173; FIGONE, A.: "Sul mantenimento del figlio in regime di divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, num. 4°, p. 358; BALESTRA, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Famiglia*, 2006, p. 663 ss.; QUADRI, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", *Famiglia*, 2006, p. 410 ss.; BIANCA, C. M.: *Diritto civile. La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 365; ARCERI, A.: *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, Milano 2007, p. 155; VERCELLONE, P.: "I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi", *Trattato di diritto di famiglia*, (diretto da P. ZATTI), vol. II, *Filiazione*, 2012, p. 951; BASINI, G.F.: "I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi familiare", *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 2007, num. 5°, p. 1055 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Violazione dei doveri familiari e illecito civile: l'esperienza italiana", *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, 2018, vol. 12°, num. 2°, p. 23 ss.; RUSCELLO, F.: "Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, num. 2°, p. 402. AULETTA, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 7 ss.; FERRANDO, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Famiglia e Diritto*, 2009, num. 11°, p. 1049; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Il mantenimento del figlio: recenti itinerari di dottrina e giurisprudenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 4°, p. 385; CARBONE, V.: "Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre", *Famiglia e Diritto*, 2015, num. 11°, p. 972; CLARIZIA, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. Dir. Civ.*, 2014, num. 3°, p. 10597.
- 23 A tal proposito, si concorda senza dubbio con la riflessione di BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 12°, p. 1151, dove riconosce che "Un vero e proprio dovere è sancito a ben vede nei confronti del coniuge dall'art. 143 c.c., ancorché è evidente come sul piano pratico esso abbia effetti limitati, presumibilmente trovandosi anche il coniuge dell'anziano non autonomo in condizioni di bisogno identiche o simili".
- 24 Il tema della tutela degli anziani è stato affrontato approfonditamente da STANZIONE, P.: "Anziani e tutele giuridiche", *Quaderni della rassegna di diritto civile*, Napoli, 1991, p. 22 ss.; PATTI, S.: "Senilità e autonomia negoziale della persona", in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, num. 3°, p. 259. Un diverso profilo che merita attenzione è quello degli atti di disposizione compiuti dalle persone vulnerabili, per il quale si rinvia diffusamente a FUSARO, A.: *Latto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2019, p. 31 ss.
- 25 Sul punto, si veda ancora quanto affermato da BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1155: "Può infine esperirsi il tentativo di ricavare un generale diritto del genitore anziano all'assistenza nei confronti del figlio dal dettato dell'art. 315 bis c.c. il quale sancisce il dovere del figlio di rispettare i genitori;

al dovere di contribuire al mantenimento della famiglia, trattandosi di un dovere di carattere più strettamente economico, non suscettibile di ricomprendere una specifica attività di assistenza e di cura.

Un'ulteriore limitazione è di carattere temporale, relativa al periodo di convivenza dei figli con i genitori. Mentre non sarebbe ragionevole limitare il generico dovere di rispettare i genitori al solo periodo della convivenza con essi²⁶, lo stesso non può dirsi per il dovere di mantenimento, la cui estensione anche oltre tale periodo graverebbe i figli di un dovere di mantenere, a tempo indefinito, la famiglia di origine²⁷.

Non è possibile trovare una base giuridica per gli obblighi in esame nemmeno nel Codice penale, sebbene sia previsto all'art. 570 c.p. il reato rubricato come "violazione degli obblighi di assistenza familiare"²⁸, che potrebbe far pensare al caso di cui ci occupiamo. In realtà, sotto questo nome si collocano tre distinte figure di reato²⁹, riguardanti rispettivamente la violazione di un generico dovere di assistenza inerente "alla potestà dei genitori, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge"; le condotte di malversazione o dilapidazione dei beni appartenenti al figlio minore o al coniuge; e infine il comportamento di chi "fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge".

Secondo la dottrina prevalente gli obblighi ivi sanzionati sono quelli già riconosciuti dal Codice civile nell'ambito del diritto di famiglia³⁰, riconducibili,

tale dovere, è stato osservato, non è in sé connesso alla minore età del figlio, cosicché esso persiste anche in capo al figlio maggiorenne. Nonostante il dato letterale della norma non lasci adito a dubbi circa la qualificazione del rispetto quale vero e proprio dovere, parte della dottrina esclude si tratti di obbligo giuridico in senso stretto, ancor più a cagione della inesistenza di una sanzione in caso di inadempimento, connotandosi di contro come dovere morale, insuscettibile di essere coercito. Benché dunque la norma superi le anguste strettoie delle prestazioni di carattere patrimoniale, essa difficilmente può costituire fondamento per la individuazione di un generale obbligo di assistenza dei figli nei confronti dei genitori".

- 26 Concorda con tale conclusione anche BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1152, dove osserva appunto che "Si è tuttavia esclusa l'applicazione analogica della norma, in ragione del fatto che pare inconferente al tema del mantenimento dei genitori anziani una disposizione che si colloca nell'ambito dei doveri corrispettivi al diritto al mantenimento spettante al figlio minore".
- 27 Obbligo che, qualora i figli costituissero un proprio nucleo familiare, si aggiungerebbe a quello di mantenere i propri figli e di assistere moralmente e materialmente il coniuge, l'unito civilmente o il convivente di fatto.
- 28 Secondo l'art. 570 c.p. "Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbandolo una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotrenta euro a millecinquecento euro. Le dette pene si applicano congiuntamente a chi: 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del pupillo o del coniuge; 2) fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo nei casi previsti dal numero 1 e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal numero 2 del precedente comma".
- 29 Si vedano sul punto ANTONINI, E.: *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 51; CARRELLI PALOMBI, R.: *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Utet, Torino, 2008, p. 12 ss.
- 30 Secondo DE MATTEIS, G. M.: "Art. 570 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1, si tratta di "Obblighi che, secondo l'orientamento ancor oggi prevalente altri non potrebbero essere se non quelli derivanti dai diritti-doveri di carattere materiale ed economico che il codice civile attribuisce al consorzio familiare,

per quanto riguarda il primo comma, agli obblighi di mantenimento dei genitori verso i figli e all'obbligo di assistenza morale e materiale tra i coniugi³¹, mentre, per quanto riguarda il secondo comma, all'obbligo di prestare gli alimenti da chi vi sia legalmente tenuto: ne segue che la norma penale in esame non può essere considerata come fonte di nuovi obblighi per i membri della famiglia.

La medesima conclusione vale anche per un'altra norma penale di contenuto affine, prevista all'art. 591 c.p.³², che punisce chiunque abbandoni "una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura". In questo caso il bene giuridico protetto non è il rispetto dell'obbligo di assistenza in quanto tale, come nell'art. 570 c.p., ma il pericolo per l'incolumità fisica derivante dall'inadempimento degli obblighi di custodia e di cura.

Giova evidenziare che nella disciplina della norma in esame tali obblighi si differenziano tra loro perché il dovere di custodia implica una relazione tra l'agente e la persona offesa che può sorgere semplicemente dall'esistenza di una mera situazione di fatto, essendo sufficiente che il soggetto passivo sia entrato nella sfera di disponibilità e di controllo dell'agente³³. Sebbene, quindi, la platea dei destinatari di tale obbligo sia molto ampia, tuttavia, il suo contenuto è limitato alla custodia e alla sorveglianza, non potendosi quindi trarre da esso obblighi di maggiore estensione.

Per quanto riguarda, invece, il dovere di cura di cui all'art. 591 c.p., si ritiene in dottrina che esso sorga esclusivamente da valide fonti giuridiche formali³⁴, riconducendoci per questa via nuovamente agli obblighi contemplati dal Codice civile nell'ambito della famiglia, dove abbiamo già visto l'assenza di uno specifico dovere dei figli di provvedere all'assistenza e alla cura dei genitori anziani³⁵.

seppur non disgiunti dalle implicazioni di carattere morale che dalla loro violazione conseguano". Così anche PISAPIA, G.D.: *Delitti contro la famiglia*, Utet, Torino, 1953, p. 11 ss.; SIRACUSANO, F.: "Violazione degli obblighi di assistenza familiare e giusta causa", *DFP*, 1975, p. 477; BRICOLA, F.: *Appunti sulla tutela penale della famiglia, Studi in onore di F. Antolisei*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 38; FIERRO CENDERELLI, F.: *Profili del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 122.

- 31 Ciò emerge anche dal fatto che il primo comma della norma in esame qualifica come soggetti attivi del reato solo il genitore o il coniuge dell'offeso.
- 32 Affrontano questa norma in chiave civilistica DOGLIOTTI, M.: "Ancora sugli anziani cronici non autosufficienti: sono imputabili i parenti o responsabili delle strutture sanitarie?", *Dir. fam.*, 1993, p. 1172 e RESCIGNO, P.: "L'assistenza agli anziani non autosufficienti: notazioni civilistiche", *Giur. it.*, 1993, num. 1°, p. 687.
- 33 È quanto afferma RONCO, M.: "Art. 591 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1 ss.
- 34 Così RONCO, M.: "Art. 591 c.p.", cit., p. 1 ss. Per la giurisprudenza sul punto si rinvia a Trib. Rovigo, 8 giugno 1992, in *Giur. di Merito*, 1994, 141, dove era stata ritenuta l'insussistenza del fatto per mancanza di un obbligo di cura o custodia in capo alla figlia e al genero nei riguardi della madre e suocera anziana. Per sentenze più recenti si rimanda a Cass, 19 luglio 2021, n. 27926 e Cass., 12 maggio 2021, n. 18665, in *CED Cassazione*, 2021; Cass., 4 dicembre 2019, n. 49318, in *CED Cassazione*, 2019; Cass., 12 gennaio 2016, n. 19448, in *CED Cassazione* 2016.
- 35 Nello stesso senso, si rinvia inoltre a BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1155, dove analizza gli sforzi di una parte delle dottrine che ha provato a ricavare tali doveri in via ermeneutica,

2. Insufficienza dell'obbligo di prestare gli alimenti.

Anche la disciplina degli obblighi di prestare gli alimenti non sembra fornire una base giuridica per gli obblighi di cura e di assistenza³⁶.

Dal punto di vista soggettivo, tra le persone obbligate sono richiamati i figli (art. 433 n. 2, c.c.), generi e nuore (art. 433, n.4, c.c.), ma non vi potrebbe rientrare il caso in cui il caregiver sia svolto da un parente o da un affine di grado più lontano (si pensi, ad es., ad un cugino o uno zio), e, ovviamente, da tutti coloro che non siano membri della famiglia.

Dal punto di vista contenutistico, l'art. 438, comma 1, c.c., prevede che "gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento".

Il presupposto dell'obbligo alimentare risiede nello stato di bisogno dell'alimentando, inteso come mancanza dei mezzi necessari a soddisfare i bisogni primari dell'individuo³⁷, laddove quest'ultimo sia privo dei mezzi di sussistenza idonei a consentirgli una vita dignitosa: per questo motivo, tale obbligo è considerato diretto a tutelare il diritto alla vita ed è annoverato "fra i diritti fondamentali di solidarietà che si realizzano attraverso l'altrui cooperazione"³⁸.

Sebbene, come è stato osservato³⁹, la situazione di bisogno potrebbe astrattamente estendersi a ricomprendere anche la persona anziana che necessita di assistenza e di cure, tuttavia sono due gli elementi che impediscono una simile operazione ermeneutica.

Il primo riguarda la misura degli alimenti, i quali – secondo l'art. 438, comma 2, c.c. – "devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve somministrarli. Non devono tuttavia

ricorrendo alla disciplina penalistica del reato di abbandono di persone minori o incapaci. Tuttavia l'A. riconosce che da tale norma non possa comunque «inferirsi un generale dovere di assistenza e cura del figlio nei confronti del genitore anziano non autosufficiente».

36 Per la dottrina in materia si rinvia a VIGNUDELLI, L.: "L'adempimento dell'obbligazione alimentare, fra solidarietà sociale e vincolo giuridico", *Famiglia e Diritto*, 2019, num.12°, p. 1137; PACIA, R.: "Gli alimenti", *Fam. Pers. Succ.*, 2010, num. 10°, p. 681; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Doveri di solidarietà familiare e prestazioni di pubblica assistenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 7, p. 730; GRASSO, G.: "La controversia in "materia di obbligazioni alimentari" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cassazione", *Famiglia e Diritto*, 2010, num. 8°, p. 821; FIGONE, A.: "La Corte Costituzionale si pronuncia sui crediti alimentari e di mantenimento", *Famiglia e Diritto*, 2000, num. 6°, p. 537; MORI, P.: "Rapporti di famiglia, adozione, protezione degli incapaci e obblighi alimentari", *Corriere Giur.*, 1995, num.11°, p. 1243.

37 Così PROVERA, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 1987, p. 1 ss.

38 La citazione è di BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, vol. II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 480.

39 Si veda in particolare BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1151 ss., dove sostiene che "La condizione oggettiva di bisogno in cui deve versare l'alimentando è concetto sufficientemente elastico perché possa esservi annoverato anche chi, come l'anziano, sia in condizione di età e di salute tale da non poter provvedere da sé a procurarsi i mezzi necessari per vivere".

superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando, avuto però riguardo alla sua posizione sociale". Da qui si desume che la prestazione in oggetto sia limitata a quanto consente al beneficiario di godere di una vita dignitosa⁴⁰, mentre l'attività del caregiver comporta un impegno pieno e spesso totalizzante volto alla cura di tutti gli aspetti della vita dell'assistito, andando ben oltre gli stretti spazi della prestazione alimentare.

Il secondo elemento attiene, invece, al carattere squisitamente patrimoniale di quest'ultima⁴¹, dato che si limita a considerare come presupposto una condizione economica di indigenza tale da concretare lo stato di bisogno, mentre, nel nostro caso, l'assistito ben potrebbe essere economicamente sufficiente, ma ugualmente bisognoso di cure e di assistenza.

Inoltre, sempre su questa linea, l'art. 443 c.c. prevede due modalità per soddisfare l'obbligo di alimenti, una in via diretta, ossia "accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto"⁴², e una in via indiretta, attraverso la corresponsione di un assegno. Rispetto a quest'ultima modalità, risultano, senza dubbio, esclusi gli obblighi di cura e di assistenza che caratterizzano l'attività del caregiver⁴³, e altrettanto si può dire per l'ipotesi di somministrazione degli alimenti

40 Sul punto si rinvia a SALA, M.: "Art. 433, Persone obbligate", *Cod. civ. comm. online*, 2019, p. 3, dove si nota inoltre che la misura particolarmente limitata degli alimenti "si desume, tra l'altro, dal disposto dell'art. 439, 1° co., che limita l'obbligo tra fratelli e sorelle nella misura dello stretto necessario". Si veda inoltre anche LANDINI, A.: "Diritto agli alimenti e pagamento delle rette della casa di cura", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num. 1°, p. 35. Inizio modulo

Inizio modulo

Fine modulo

Per la giurisprudenza sul punto si veda Cass. 3 dicembre 2021, n. 38366, in *CED Cassazione*, 2021 dove si afferma che "l'obbligazione alimentare [è] da azionarsi nell'ambito familiare per supplire ad ogni più essenziale esigenza di vita dell'individuo bisognoso". Nello stesso senso, si rinvia anche a Cass., 10 marzo 2022, n. 7760, in *Ced Cassazione*, 2022; Cass., 14 febbraio 2022, n. 4794, in *Quotidiano Giuridico*, 2022; Cass., 10 febbraio 2022, n. 4388, in *Ced Cassazione*, 2022; Cass., 14 settembre 2020, n. 19077, in *Famiglia e Diritto*, 2021; Cass., 10 ottobre 2018, n. 25134, in *Ced Cassazione*, 2018; Trib. Ancona, 6 ottobre 2021.

41 In proposito si rimanda a BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1151 ss., dove afferma che "In via incidentale, preme evidenziare come il menzionato assetto legislativo testimoni il carattere (tuttora) patrimonio-centrico del nostro sistema civilistico", aggiungendo che "Più in generale, il richiamo seppur rapido agli obblighi alimentari consente di evidenziare gli angusti limiti ai quali essi sono legati, con la conseguenza che altrettanto esigui sembrano essere gli appigli per fondare su tale istituto un dovere di assistenza del figlio nei confronti del genitore anziano".

42 Per un commento si rinvia a SALA, M.: "L'obbligo alimentare fra onere della prova e modalità di adempimento", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num. 8°, p. 579; PAPARO, B.: "L'obbligazione alimentare a carico dei fratelli, i diritti costituzionalmente garantiti dell'alimentando e le modalità di adempimento", *Corriere Merito*, 2011, num. 3°, p. 253; PACIA, R.: "Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale", in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, num. 1°, p. 53.

43 Si condividono pienamente le parole di BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia", cit., p. 1151 ss., dove osserva che "a differenza del mantenimento, gli alimenti non implicano una condivisione di vita tra i soggetti, ed, anzi, ne presuppongono una certa separatezza ed autonomia, come anche dimostra il fatto che l'accoglimento dell'alimentando nella propria casa da parte dell'obbligato sottintende che siano entrambi i soggetti a volerlo. Ne consegue che l'adempimento dell'obbligo alimentare risulta soddisfatto mediante la corresponsione di denaro o altri beni, lasciando invece esclusi obblighi di cura della persona. In ciò si manifesta la più rilevante aporia del sistema alimentare con riferimento alla materia oggetto di indagine, ovvero sia il fatto che gli alimenti sono diretti a soddisfare bisogni di carattere materiale mediante l'erogazione di una somma di denaro, rimanendone del tutto estranea l'esigenza che qualcuno si prenda in carico complessivamente la propria assistenza".

in via diretta, la quale non implica in nessun modo un impegno maggiore di quello che potrebbe essere assolto tramite l'assegno.

3. L'ipotesi del rapporto giuridico per contatto sociale.

Per ragioni di completezza, ci si domanda se, tra *caregiver* e assistito, pur non essendoci un precedente contratto alla base, si realizzi ugualmente un rapporto giuridico per "contatto sociale".

La teoria del contatto sociale viene impiegata dalla giurisprudenza, qualora il contatto sia ritenuto rilevante "per via dell'affidamento che possono suscitare un professionista o, più in generale, soggetti che svolgono attività per le quali sono necessarie specifiche abilità e/o conoscenze"⁴⁴; gli esempi tipici che ricorrono sono, infatti, quelli del medico dipendente di una struttura sanitaria per i danni cagionati al paziente nell'adempimento della prestazione medica, dell'insegnante dipendente di un istituto scolastico per i danni che l'alunno si è auto cagionato; della banca per il pagamento di assegno non trasferibile a soggetto non legittimato, del professionista (nella specie, un notaio) per le informazioni false o inesatte che ha fornito, o per il danno prodotto dall'errore del mediatore nell'eseguire la prestazione⁴⁵.

A differenza dei casi riportati, il *caregiver* è un parente o un amico dell'assistito, spesso privo di pregresse conoscenze in ambito medico, sanitario o assistenziale, perciò estraneo alle ipotesi tipiche di applicazione del contatto sociale.

Un margine residua nel caso in cui, invece, il *caregiver* possieda conoscenze professionali nel settore sanitario, fermo restando che egli svolge l'attività di *caregiving* al di fuori del suo normale ambito lavorativo, in maniera gratuita e spontanea.

Provando ad analizzare tale ipotesi, secondo parte della dottrina, il contatto sociale qualificato non può essere ricompreso fra le fonti dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c., poiché tale articolo "parla di altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni" in conformità all'ordinamento giuridico. E non vi è nessuna traccia nell'ordinamento giuridico che possa essere seguita al fine di sostenere che il

44 Cfr. ZACCARIA, A.: "Contatto sociale", *Dig. disc. civ. online*, 2018, p. 3 ss.

45 Tutti gli esempi sono tratti da ROSSI, S.: "Contatto sociale (fonte di obbligazione)", *Dig. disc. civ. online*, 2010, p. 1 ss., dove spiega che "Il modello del rapporto obbligatorio senza prestazione può quindi trovare valido impiego ogni qualvolta vi sia un «contatto sociale» tra soggetti non legati da un preesistente rapporto contrattuale, che sia caratterizzato, come avviene nelle trattative negoziali, dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, affidamento che viene fondato sulla professionalità".

contatto sociale, sia pure qualificato dall'affidamento, costituisce una fonte generale di obbligazioni⁴⁶.

Ad ogni modo, anche se si adottasse l'opposta interpretazione, il contatto sociale non costituirebbe fonte di obbligazioni in genere, ma solamente di "obbligazioni senza prestazione"⁴⁷, caratterizzate per la mancanza di un dovere primario di prestazione, trattandosi di obbligazioni ad esso accessorie, quali quelle di informare, proteggere, cooperare⁴⁸. Nel caso dell'attività del *caregiver*, invece, l'obbligazione di cura e di assistenza – e quindi, in senso lato, di protezione – è sicuramente qualificabile come obbligazione primaria, e non accessoria, non potendo, dunque, sorgere da contatto sociale.

Da quanto detto, si potrebbe concludere, *per saltum*, che non si configuri nemmeno una responsabilità da contatto sociale, ma la questione merita comunque un maggiore approfondimento.

Secondo la dottrina, il contatto sociale tra soggetti non legati da un preesistente rapporto contrattuale, "che sia caratterizzato dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, affidamento che viene fondato sulla professionalità, in funzione della quale si determinano obblighi di correttezza o di protezione verso chi ha riposto nello *status* una ragionevole fiducia"⁴⁹, genera una responsabilità di natura contrattuale, intesa come "responsabilità da violazione degli obblighi creati dalla buona fede sulla scorta di un affidamento socialmente rilevante"⁵⁰.

Anche per l'attività del *caregiver* si genera un affidamento, che può essere o dello stesso assistito o dei suoi parenti o delle altre persone che gli stanno vicino.

46 Così ZACCARIA, A.: "Contatto sociale", cit., p. 4, dove aggiunge che "Ed anche più recentemente il contatto sociale è stato invocato del tutto a sproposito, quale fatto idoneo a produrre obbligazioni, al fine di affermare la configurabilità di obblighi collaterali rispetto a quello principale di prestazione, obblighi che trovano invece il loro fondamento, come già abbiamo mostrato, nella norma dell'art. 1175 c.c., norma oltre tutto richiamata, insieme all'art. 2 Cost. – presentato quale punto di ancoraggio dello stesso art. 1175 c.c. – e all'art. 1375 c.c. [...] Possibile fonte di obbligazioni, nel nostro ordinamento, non è dunque il contatto sociale in generale (sia pure qualificato dall'affidamento), bensì soltanto quella particolare specie di contatto sociale che è il contatto negoziale, e questo (solo) in virtù delle norme che espressamente lo disciplinano".

47 Vedi sempre ZACCARIA, A.: "Contatto sociale", cit., p. 4, dove afferma che "Il contatto sociale lì dove inteso quale fonte di obbligazioni, è stato peraltro sempre considerato quale possibile fonte non di obbligazioni in genere, bensì, soltanto, di una particolare specie di obbligazioni: le obbligazioni senza prestazione".

48 Secondo ZACCARIA, A.: "Contatto sociale", cit., p. 5, "E siccome la funzione attribuita al contatto sociale, quando lo si vuole rappresentare quale fonte di vincoli, è quella – come mostrano i casi in cui è stato utilizzato – di consentire l'individuazione di obbligazioni anche lì dove manchi un obbligo (primario) di prestare, l'oggetto delle obbligazioni al contatto medesimo riconducibili ben può essere individuato in quelli propri delle obbligazioni altrimenti accessorie a un dovere primario di prestazione: informare, proteggere, cooperare".

49 Così ROSSI, S.: "Contatto sociale", cit. p. 8.

50 Cfr. ROSSI, S.: "Contatto sociale", cit. p. 9.

Riconoscere una responsabilità da contatto sociale in capo al *caregiver* significherebbe, in concreto, nel caso in cui si produca un danno, applicare il regime della responsabilità contrattuale, che, rispetto alla disciplina generale della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., sarebbe più vantaggioso per l'assistito, comportando: 1) un'inversione dell'onere della prova, per cui l'assistito (o il suo rappresentante legale) potrà limitarsi a provare il danno, mentre ricadrà sul *caregiver* la dimostrazione di aver fatto tutto il possibile per evitarlo, 2) termini meno stringenti per agire in giudizio, precisamente 10 anni e non 5 dal verificarsi dell'evento dannoso.

Aggravare la posizione del *caregiver* potrebbe, però, risultare paradossale, se si pensa che, ad oggi, la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria nei confronti del paziente è stata sottratta dallo schema del contatto sociale, essendo stata espressamente dichiarata di natura extracontrattuale dalla L. 8 marzo 2017, n. 24⁵¹. Non si capisce, allora, perché si dovrebbe adottare un trattamento peggiorativo per chi, avendo conoscenze in campo medico, si dedichi spontaneamente e gratuitamente alla cura di una persona cara, per di più, in un contesto domestico, e non ospedaliero.

4. L'ipotesi della gestione di affari altrui.

A ben guardare, la questione dell'affidamento viene in rilievo in una diversa situazione, ossia qualora il *caregiver* smetta, ad un tratto, di occuparsi dell'assistito, senza avvisare in tempo o con adeguato anticipo le altre persone che potrebbero occuparsene. Questa ipotesi evoca una figura diversa dal contatto sociale, precisamente la *negotiorum gestio*.

Ripercorrendo gli elementi tipici di quest'ultima fattispecie, ricorrono, senza dubbio, l'utilità iniziale della gestione, la sua liceità e spontaneità, la capacità di agire del gestore - *caregiver*. Anche il requisito dell'altruità dell'affare dovrebbe essere soddisfatto, se si intende l'attività di cura e di assistenza svolta nell'interesse proprio dell'assistito. Lo stesso dicasi per l'elemento dell'*absentia domini*, che non è più inteso, in senso rigoroso, come lontananza fisica, ma come semplice impossibilità da parte del *dominus* di curare utilmente i suoi interessi, tanto che in dottrina si ammette tale requisito anche in caso di *dominus* presente ma incosciente⁵²; per questi motivi, "ai fini della sussistenza del requisito della *absentia domini*, non rileva che vi sia una condizione di assoluto impedimento dell'interessato alla gestione dei propri affari ovvero che sussista una impossibilità materiale rispetto alla cura

51 Come spiega ZACCARIA, A.: "Contatto sociale", cit., p. 8, non si può più parlare di responsabilità contrattuale da contatto sociale del medico dipendente da una struttura sanitaria, dato che, con la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), è stata infatti introdotta una specifica norma volta a classificare la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria come extracontrattuale.

52 Cfr. GALLO, P.: "Gestione di affare altrui", *Codice Civile commentato online onelegale*, p. Iss.

di questi, ritenendosi soddisfatto l'anzidetto requisito là dove il *dominus* non abbia manifestato, espressamente o tacitamente, il divieto a che altri si ingerisca nella cura dei propri affari"⁵³.

Quanto al requisito oggettivo, il concetto di "affare altrui" espresso dall'art. 2028 c.c. è sicuramente molto più ampio di quello di "atti giuridici" che compare in materia di mandato (cfr. art. 1703 c.c.)⁵⁴, potendosi riferire sia ad atti giuridici sia materiali. Inoltre, la dottrina ritiene che "l'affare, oltre ad essere lecito, deve avere contenuto patrimoniale; dovendosi escludere atti di gestione in materia di diritto di famiglia ed ogniqualvolta entrino in gioco interessi e ragioni di carattere personale"⁵⁵.

L'attività del *caregiver* è, senza dubbio, una prestazione suscettibile di valutazione economica, come dimostra il fatto che può essere anche oggetto di un rapporto di lavoro a carattere professionale⁵⁶.

L'applicazione della disciplina della *negotiorum gestio*, tuttavia, non sembra la soluzione adeguata a descrivere una situazione non occasionale, ma duratura e che prosegue nel tempo. Oltre a tradurre la relazione tra assistito e *caregiver* in un rapporto tra *dominus* e gestore, offrirebbe a quest'ultimo una tutela limitata a quanto previsto all'art. 2031 c.c., che impone al *dominus* di "tenere indenne il gestore" dalle obbligazioni assunte in nome proprio e di "rimborsargli tutte le spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte".

5. L'esecuzione di un dovere morale o sociale.

Le difficoltà sopra viste segnano la strada verso un'ipotesi residuale, consistente nel richiamare i doveri morali o sociali, di cui all'art. 2034 c.c. in tema di obbligazioni naturali. La formula utilizzata dal Legislatore in tale disposizione è "tendenzialmente aperta", comportando l'"esplicita ammissione della possibilità che vi siano obbligazioni naturali oltre ai casi specificamente previsti"⁵⁷.

Ne segue che, per la sua stessa genericità⁵⁸, ben potrebbe adattarsi a descrivere anche la figura in esame⁵⁹, confermando l'affermazione secondo cui il

53 Cfr. Tribunale Roma, 7 agosto 2019, n. 16139, in *plurisonline*; e Tribunale Potenza, 24 dicembre 2020, n. 1063.

54 Così GALLO, P.: "Gestione di affare altrui", cit., p. 5.

55 Così GALLO, P.: "Gestione di affare altrui", cit., p. 3.

56 Sul quale si rinvia ancora a LONG, J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia", cit., p. 601.

57 Così PROVERA, G.: "Alimenti", cit., p. 5.

58 D'altra parte, la formula dell'art. 2034 c.c. è stata più volte criticata in dottrina per la sua indeterminatezza e vaghezza, si veda ad esempio SALA, M.: "Art. 433, Persone obbligate", cit., p. I ss.

59 È interessante osservare che la dottrina più risalente si era interrogata su una situazione analoga, riguardante precisamente l'obbligazione alimentare tra parenti non indicati dalla legge tra gli obbligati a

ricorso ai doveri morali e sociali permette all'ordinamento di assorbire "valori ed istanze etiche affioranti dal corpo sociale, sì da garantirsi una costante sintonia con l'evoluzione del costume, della cultura e via dicendo"⁶⁰.

Per doveri morali e sociali rilevanti ai fini dell'art. 2034 c.c. si intendono – ormai unanimemente⁶¹ – i doveri che abbiano un valore morale riconosciuto e condiviso dalla società⁶², mentre ne sono esclusi quelli che appartengono esclusivamente alla sfera del singolo individuo⁶³, così come quelli che attengono alla sola dimensione sociale, come il galateo, la cortesia e il decoro. Inoltre, tali doveri devono essere sufficientemente determinati e tipizzati, non potendosi attribuire riconoscimento

tale prestazione. Si veda in proposito quanto affermato da TAMBURRINO, G.: "Alimenti (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. II, 1958, p. 32: "Poiché, come si è visto, il vincolo alimentare sussiste in ordine soltanto ad uno stretto gruppo di componenti l'entità familiare, si è posto il quesito se, nella ipotesi in cui un parente, non rientrando in alcuna delle categorie di legge, presti volontariamente gli alimenti ad altro parente bisognoso, tale prestazione costituisca l'adempimento di una obbligazione naturale, il che vuol dire domandarsi, dato che nel vigente ordinamento l'unico effetto dell'obbligazione naturale è la *soluti retentio* (art. 2034), se nella detta ipotesi il parente, che ha prestato gli alimenti, possa agire per la restituzione. Entrambe le risposte, l'affermativa e la negativa, sono state date dalla dottrina", concludendo che "allorché debbesi decidere se in un determinato caso vi sia obbligazione naturale o meno occorre vedere se possa ritenersi che il comportamento del soggetto sia stato posto in essere in base ad un dovere che, secondo l'etica sociale vigente, possa ritenersi sussistente e vincolante dal punto di vista morale e sociale. Orbene, nel campo che ne occupa, non può dirsi che il dovere morale e sociale di assistere il parente bisognoso, anche oltre i limiti di legge, non sia sentito: il vincolo familiare morale è ancora talmente forte da giustificare il comportamento del parente abbiente. Né vale il ricordare che in realtà vi sono parenti che non si conoscono nemmeno: in questo caso il parente abbiente non sentirà il bisogno di aiutare quello indigente e niuna norma ve lo obbliga. Ma, nel caso in cui quel dovere sia sentito ed operante, non potrà farsi luogo a domanda di restituzione".

- 60 La citazione è di NIVARRA, L.: "Obbligazione naturale", *Dig. disc. priv. online*, 1995, p. 11 ss., dove sottolinea che "È proprio la circostanza che il diritto positivo, per così dire, riconosca se stesso, i suoi valori o principi ispiratori, nel dovere morale o sociale a giustificare il diverso, e più favorevole, trattamento riservato all'obbligazione naturale nel quadro delle prestazioni a titolo gratuito. I doveri di cui all'art. 2034 c.c., infatti, si collocano in una fascia intermedia tra quelli, puramente bagatellari almeno dal punto di vista dell'ordinamento, che in genere vengono assegnati al campo d'azione della cortesia o del galateo e, quelli, di rango superiore, che si riannodano a valori come la pietà, la carità la riconoscenza ecc. In entrambi i casi, per motivi opposti ma convergenti – l'estraneità alla legge di impulsi etici troppo futili o troppo elevati per poter aspirare ad un riconoscimento pieno da parte della legge stessa - la rilevanza giuridica del dovere è subordinata non solo ad una specifica dichiarazione di volontà (analogamente a quanto accade nel caso delle obbligazioni naturali), ma anche al rispetto di taluni requisiti (la forma per la donazione pura e la donazione remuneratoria, la *datio* per la donazione di modico valore, il cristallizzarsi del dovere in una consuetudine sociale per le liberalità d'uso) che, viceversa, non sono richiesti allorché l'attribuzione patrimoniale poggi su una causa di per sé meritevole di tutela quale, appunto, è la *naturalis obligatio*".
- 61 Vedi, per tutti, FERRANDO, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 2000, p. 1 ss.
- 62 Si rinvia sul punto a NIVARRA, L.: "Obbligazione naturale", cit., p. 1 ss., in cui osserva che "soltanto i valori condivisi dalla generalità possono aspirare alla sanzione di rilevanza implicita nell'art. 2034, comma 1, c.c."; si veda anche GALLO, P.: "Art. 2034", *Codice Civile commentato online onelegale*, p. 1 s., secondo cui "i doveri che assumono rilevanza sono doveri di natura "morale" che fanno parte del bagaglio collettivo della società".
- 63 Approfondisce questo aspetto MOSCATI, E.: "Obbligazioni naturali (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 369, di cui si riportano le parole: "Nel tentativo di precisare la portata della formulazione dell'art. 2034 comma 1 si è cominciato con il rilevare che il richiamo ai doveri morali o sociali non sta ad indicare una contrapposizione tra due categorie di doveri diversi, quelli morali da un lato e quelli sociali dall'altro, poiché il legislatore ha inteso riferirsi soltanto ai doveri che sono ad un tempo morali e sociali. Si aggiunge, infatti, che almeno secondo il comune apprezzamento ogni dovere sociale è anche morale, mentre non può dirsi che ogni dovere morale sia anche sociale. Il collegamento con la morale sociale consente di escludere dal novero delle obbligazioni naturali i doveri della morale individuale, quali sono, ad esempio, i precetti della vita religiosa e, più in generale, i doveri che attengono a valutazioni meramente subietive. Si può senz'altro accedere a questa valutazione, poiché, avendo le obbligazioni naturali un contenuto intrinsecamente omogeneo, i doveri morali richiamati dall'art. 2034 comma 1 non possono essere che i doveri della morale intersubiettiva, cioè i doveri della morale corrente".

giuridico ad un astratto dovere di aiutare gli altri o di soccorrere chi si trovi in stato di indigenza⁶⁴.

Se a ciò si aggiunge che, proprio come richiesto dall'art. 2034 c.c., ricorrono, altresì, i requisiti della spontaneità della prestazione e della capacità di chi l'esegue⁶⁵, si può concludere con certezza che la fattispecie dell'obbligazione naturale possa trovare accoglimento anche nel caso in esame.

Sia il requisito della dimensione sociale, sia quello della tipicità e determinatezza sono abbondantemente soddisfatti nel caso dell'attività di *caregiving*, svolta in maniera spontanea verso una persona cara, alla quale si è legati, al punto di prendersene cura e prestarle assistenza.

Senza necessità di distinguere se l'assistito sia un membro della famiglia oppure no, si può aggiungere che, nel primo caso, il dovere morale e sociale troverà ulteriormente un sicuro sostegno normativo nel principio di solidarietà familiare, riconosciuto anche a livello costituzionale agli artt. 29, 30, 31, 36 Cost.⁶⁶.

La disciplina che il Codice civile appresta per le obbligazioni naturali è condensata nell'art. 2034 c.c., a norma del quale "la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato", aggiungendo, infine, che tali obbligazioni "non producono altri effetti". Ciò significa che il dovere morale non è fonte di un'obbligazione civile della quale si può chiedere in giudizio l'adempimento coattivo, tuttavia, se questo viene eseguito in maniera spontanea, si realizza la cosiddetta *soluti retentio*, ossia il diritto di trattenere la prestazione per chi l'ha ricevuta, con la conseguente perdita del diritto di ottenerne la restituzione per chi l'ha eseguita⁶⁷.

Come si può intuire, l'applicazione di tale disciplina non è certamente favorevole per il *caregiver*, impedendogli di ottenere finanche il rimborso delle spese sostenute per il fabbisogno e le esigenze dell'assistito. L'applicazione della disciplina dell'obbligazione naturale non sembra rispondere ad esigenze di giustizia,

64 In questo senso si veda GALLO, P.: "Art. 2034", cit., p. 3.

65 Sulla necessità di questi due requisiti per configurare un'obbligazione naturale si veda MOSCATI, E.: "Obbligazioni naturali (dir. civ.)", cit., p. 361.

66 Si rinvia ampiamente sul punto a PERLINGIERI, P.: *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982, p. 55 ss.; PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972, p. 191 ss., in particolare p. 195. Si veda, altresì, DOGLIOTTI, M.: "Famiglia (dimensioni della)", *Dig. disc. priv. online*, 1992, p. 1 ss.; e a FERRANDO, G.: "Alimenti", cit., p. 1 ss., dove mette in luce il valore che assume la solidarietà nell'ambito della famiglia.

67 L'unico effetto collegato a questo tipo di obbligazione è appunto la *soluti retentio*, con la conseguenza che ne sono escluse l'esecuzione coattiva, così come la compensazione con un'obbligazione civile, la convalida, e infine la possibilità di apporvi garanzie accessorie, come la fideiussione, il pegno o l'ipoteca. Si segnala, per inciso, che la qualificazione in termini di obbligazione naturale impedisce altresì di considerare la prestazione del *caregiver* come una liberalità, stante la reciproca esclusione tra obbligazione naturale e liberalità. Su questo punto si rinvia diffusamente a CARNEVALI, U.: "Liberalità (atti di)", *Enc. del dir.*, 1974, vol. 24, p. 218.

lasciando priva di tutele la persona che, mossa dall'affetto o dai legami familiari, si sia fatta carico di un'attività che comporta spesso grandi sacrifici, non solo in termini di spese ed esborsi, ma anche di tempo e dedizione.

IV. UN CONFRONTO CON IL DIRITTO SPAGNOLO E LA GUARDA DE HECHO.

La legge del 2 giugno 2021, n. 8, entrata in vigore il 3 settembre 2021⁶⁸, ha riformato il Codice civile spagnolo, introducendo misure di sostegno in favore delle persone maggiorenni con disabilità (e dei minori emancipati che ne abbiano bisogno), ispirate al rispetto della dignità della persona e alla tutela dei suoi diritti fondamentali, che garantiscano il pieno sviluppo della personalità, anche nei rapporti giuridici, in condizioni di uguaglianza⁶⁹.

Le misure di sostegno all'esercizio della capacità giuridica delle persone che non hanno bisogno possono essere di origine volontaria, legale o giudiziale, in questi ultimi due casi solo in assenza o insufficienza della volontà dell'interessato⁷⁰ e sempre nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità⁷¹.

La *guarda de hecho* è una misura di sostegno informale che può esistere quando non ci sono misure volontarie o giudiziarie che vengono applicate efficacemente⁷². Anche se la legge non definisce il *guardador de hecho*, tale figura corrisponde a quella che abbiamo individuato in queste pagine con il nome di *caregiver*⁷³.

68 Come spiega DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, P. CHAPARRO MATAMOROS, Á. BUENO BIOT), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 56 "Su finalidad fundamental es adaptar la legislación española a los parámetros de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007".

Si rinvia, per un commento della normativa, a DE SALAS MURILLO, S.: "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, num. 17°, p. 16 ss.; MARTÍN AZCANO, E. M.: "La reforma del código civil en materia de protección de personas privadas de autonomía", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, num.14°, p. 294 ss.

69 Cfr. art. 249 del Codice civile spagnolo, dove è spiegata la *ratio* delle nuove disposizioni.

70 Secondo DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales", cit., p. 65 "las ideas fundamentales inspiradoras de la Ley 8/2021, hay que observar que las medidas judiciales (y, por lo tanto, la curatela) tienen un claro carácter subsidiario, porque es propósito de la Ley dar una clara preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria".

71 Si è occupato di questo aspetto DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales", cit., p. 88.

72 Cfr. art. 250 del Codice civile spagnolo, secondo cui "La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente".

73 BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, P. CHAPARRO MATAMOROS, Á. BUENO BIOT), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 234 - 235, spiega che "No se ha aprovechado la reforma para definir la guarda de hecho; a diferencia de lo que sí ha hecho el legislador catalán que en el art. 225-I CC catalán conceptúa el guardado de hecho como "la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da causa de incapacitación, si no está en potestad parental tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen"; y también el legislador aragonés que en su art. 156 entienden por guardador de hecho a "la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa

Ad esso è dedicata un'apposita disciplina, dagli artt. 263 a 267 del Codice civile spagnolo. In particolare, il *guardador de hecho* svolgerà il proprio compito di cura e di assistenza autonomamente, ma avrà bisogno dell'autorizzazione del giudice solo per agire in qualità di rappresentante dell'assistito⁷⁴.

Per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali, secondo l'art. 266 c.c.sp., egli ha diritto al rimborso delle spese giustificate e al rimborso dei danni derivanti dalla *guarda*, a carico dei beni della persona assistita. A differenza della curatela, non è prevista per il *guardador de hecho* una retribuzione, perché si tratta di una misura di sostegno di carattere altruistico⁷⁵. D'altra parte, se la retribuzione fosse volontariamente concessa dall'assistito, l'attività non si potrebbe più qualificare come una *guarda de hecho*, ma come un rapporto contrattuale con la sua controprestazione⁷⁶.

Più in generale, l'art. 251 proibisce a chi svolge il ruolo di *guardador de hecho*, curatore o altra figura di sostegno, di ricevere liberalità dall'assistito o dai suoi aventi causa, finché la sua gestione non sia stata definitivamente approvata, salvo in caso di doni di consuetudine o di beni di scarso valore.

transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada". Por su parte, en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el art. 180-I entiende la guarda de hecho como "la situación en la que apoyo y cuidado de la persona o bienes o solamente de la persona o de los bienes de la persona necesitada de proyección es ejercida por una persona física o jurídica sin mandato expreso judicial o de la persona guardada". A falta de una definición legal en nuestro Código Civil, en la doctrina Le ciñera Ibarra manifiesta al respecto que el guardador de hecho "es la persona que de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanente a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado".

- 74 Cfr. art. 264 del Codice civile spagnolo. La possibilità, per il *guardador de hecho* di agire come rappresentante pone il problema di provare il ruolo di *guardador*. Sul punto, si rinvia a DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales", cit., p. 70, dove spiega che "La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, éste difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264.III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica. No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable²³. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador".
- 75 Così DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", *pro manuscripto*, p. 24, dove spiega che "El art. 266 CC, a diferencia del art. 281.I CC, en sede de curatela, no prevé una retribución a cargo del guardador de hecho, lo cual es lógico, porque estamos ante una medida de apoyo que se caracteriza por su carácter altruístico".
- 76 Nello stesso senso si esprime DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho", cit., p. 24, dove sostiene che "Es discutible si puede concedérsela voluntariamente la persona con discapacidad. A mi parecer es dudoso, pues, si la retribución es una especie de contraprestación pactada por los cuidados que recibe, estaríamos ante una relación contractual, que excluiría la existencia de una auténtica guarda de hecho (art. 250.VIII CC); y, si se trata de una donación, la misma está prohibida, "salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor" (art. 251.I.I° CC)".

V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Da uno sguardo comparatistico, si coglie, anche nel nostro ordinamento, la necessità di dare riconoscimento giuridico ad una figura che rappresenta un ruolo essenziale per milioni di famiglie, ma che, per la legge, risulta ancora invisibile sotto molti aspetti⁷⁷.

Trattandosi di una figura che è nata nella prassi e che continua a muoversi nei rapporti di fatto, non avrebbe senso ricondurla allo schema del contratto, alla cui logica sembra non appartenere, non solo per la spontaneità e la gratuità che caratterizzano la prestazione⁷⁸, ma soprattutto perché la volontà delle parti, *in primis* dello stesso caregiver, ha scelto di sottrarsi ad ogni stipulazione in tal senso⁷⁹.

In linea con quanto già avviene in altri ordinamenti, come in quello spagnolo, la strada da percorrere è trovare un inquadramento giuridico che valorizzi il suo ruolo come misura di protezione informale della persona non più autosufficiente, in modo da tutelare adeguatamente sia il caregiver sia l'assistito.

77 Sono le parole del IV Focus Censis-Assindatcolf, "Il valore sociale del lavoro domestico in Italia", *Censis.it.*, p.12, dove si sottolinea che "Ciò che segnala questo fenomeno – che coinvolge in Italia milioni di persone – è ancora una volta il deficit di intervento di un sistema di welfare che obbliga le famiglie a intervenire direttamente, con tutti i rischi e i limiti che questo comporta (l'esposizione a infortuni domestici o a interventi non appropriati) e i condizionamenti che si scaricano sul vissuto quotidiano delle persone responsabili della cura (conciliazione con il lavoro e con gli impegni fuori di casa, ma anche affaticamento e logoramento fisico e psicologico)."

78 Come noto, la gratuità, di per sé, non è indice della mancanza di uno schema contrattuale: si rinvia, per tutti, a AMADIO, G.: *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 184 ss.

79 Nella realtà dei fatti, bisogna tener conto che è spesso lo stesso caregiver che non vuole essere considerato come un/una badante.

BIBLIOGRAFÍA.

ANTONINI, E.: *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Giuffré, Milano, 2007, p.51.

AMADIO, G.: *Lezioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 184 ss.

ARCERI, A.: *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, Milano 2007, p. 155.

BALESTRA, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Famiglia*, 2006, p. 663 ss. QUADRI, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", *Famiglia*, 2006, p. 410 ss.

BASINI, G.F.: "I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi familiare", *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 2007, num. 5°, p. 1055 ss.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, P. CHAPARRO MATAMOROS, Á. BUENO BIOT), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 234 - 235.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, II, 4ª ed., Giuffré, Milano, 2005, p. 480.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile. La famiglia*, Giuffré, Milano, 2017, p. 365.

BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 173.

BRICOLA, F.: *Appunti sulla tutela penale della famiglia, Studi in onore di F. Antolisei*, Giuffré, Milano, 1996, p. 38.

BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 12°, p. 1151.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "La amministrazione di sostegno italiana como medida de protección del las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 17°, pp. 304 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Violazione dei doveri familiari e illecito civile: l'esperienza italiana", *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, 2018, vol. 12°, num. 2°, p. 23 ss.

CARBONE, V.: "Le riforme generazioni del diritto di famiglia: luci ed ombre", *Famiglia e Diritto*, 2015, num. 11°, p. 972.

CARNEVALI, U.: "Liberalità (atti di)", *Enc. del dir.*, 1974, vol. 24, p. 218.

CARRELLI PALOMBI, R.: *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Utet, Torino, 2008, p. 12 ss.

CLARIZIA, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. Dir. Civ.*, 2014, num. 3°, p. 10597.

Così PROVERA, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 1987, p. 1 ss.

DE MATTEIS, G. M.: "Art. 570 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1 ss.

DE MOZZI, B.: "Permessi ex L. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito", *Lavoro nella Giur.*, 2019, num. 4°, p. 351.

DE SALAS MURILLO, S.: "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17°, p. 16 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", *pro manuscrito*, p. 24.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021 de 2 de junio* (a cura di J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, P. CHAPARRO MATAMOROS, Á. BUENO BIOT), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 56.

DOGLIOTTI, M.: "Famiglia (dimensioni della)", *Dig. disc. priv. online*, 1992, p. 1 ss.

DOGLIOTTI, M.: "Ancora sugli anziani cronici non autosufficienti: sono imputabili i parenti o responsabili delle strutture sanitarie?", *Dir. fam.*, 1993, p. 1172.

FERRANDO, G.: "Alimenti", *Dig. disc. priv. online*, 2000, p. 1 ss.

FERRANDO, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Famiglia e Diritto*, 2009, num. 11°, p. 1049.

FIERRO CENDERELLI, F.: *Profili del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 122.

FIGONE, A.: "La Corte Costituzionale si pronuncia sui crediti alimentari e di mantenimento", *Famiglia e Diritto*, 2000, num. 6°, p. 537.

FIGONE, A.: "Sul mantenimento del figlio in regime di divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, num. 4°, p. 358.

FUSARO, A.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 31 ss.

GALLO, P.: "Art. 2034", *Codice Civile commentato online onelegale*, p. 1 s.

GRASSO, G.: "La controversia in materia di obbligazioni alimentari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cassazione", *Famiglia e Diritto*, 2010, num. 8°, p. 821.

LAMONACA, V.: "Indebita fruizione dei permessi ex lege n. 104/1992 e valutazione di proporzionalità del licenziamento", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 4°, p. 361.

LANDINI, A.: "Diritto agli alimenti e pagamento delle rette della casa di cura", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num. 1°, p. 35. Inizio modulo

LEONE, G.: "Gravi motivi e patologie invalidanti nella concessione del congedo ex art. 42, c.5, D.LGS. N. 151/2001: il corto circuito dell'I.N.P.S.", *Lavoro nella Giur.*, 2020, num. 12°, p. 1200.

LONG, J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento", *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2010, num. 12°, p. 601.

LONGO, E.: "La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, num. 4°, p. 2853, nota a Corte Costituzionale, 18 luglio 2013, n. 203.

MARCHESINI, L.: "Il caregiver familiare e il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere", *Ilgiuslavorista.it*, num. 10 giugno 2019, p. 1, nota a Cass., 1 marzo 2019, n. 6150.

MARTÍN AZCANO, E. M.: "La reforma del código civil en materia de protección de personas privadas de autonomía", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, núm. 14°, p. 294 ss.

MORI, P.: "Rapporti di famiglia, adozione, protezione degli incapaci e obblighi alimentari", *Corriere Giur.*, 1995, num. 11°, p. 1243.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Doveri di solidarietà familiare e prestazioni di pubblica assistenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 7, p. 730.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Il mantenimento del figlio: recenti itinerari di dottrina e giurisprudenza", *Famiglia e Diritto*, 2013, num. 4°, p. 385.

MOSCATI, E.: "Obbligazioni naturali (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 369,

NIVARRA, L.: "Obbligazione naturale", *Dig. disc. priv. online*, 1995, p. II ss.

GALLO, P.: "Gestione di affare altrui", *Codice Civile commentato online onelegale*, p. I ss.

PACIA, R.: "Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale", in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, num. I°, p. 53.

PACIA, R.: "Gli alimenti", *Fam. Pers. Succ.*, 2010, num. 10°, p. 681.

PAPARO, B.: "L'obbligazione alimentare a carico dei fratelli, i diritti costituzionalmente garantiti dell'alimentando e le modalità di adempimento", *Corriere Merito*, 2011, num. 3°, p. 253.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972, p. 191 ss.

PERLINGIERI, P.: *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982, p. 55 ss.

PICCINNI, M., ROMA, U.: "Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, vol. 2, p. 727.

PISAPIA, G.D.: *Delitti contro la famiglia*, Utet, Torino, 1953, p. II ss.

PISTORE, G.: "Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare", in AA.VV.: *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali* (a cura di R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI, R. NUNIN, M. TIRABOSCHI), ADAPT University Press, Modena, 2020, p. 209.

RESCIGNO, P.: "L'assistenza agli anziani non autosufficienti: notazioni civilistiche", *Giur. it.*, 1993, num. 1°, p. 687.

ROMA, U.: "L'amministrazione di sostegno tra principio di leale cooperazione e sussidiarietà, esigenze di riforma, modelli attuativi e buone prassi", in AA.

VV.: *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione* (a cura di G. SALITO, P. MATERA), Cedam, Padova, 2013, p. 556.

RONCO, M.: "Art. 591 c.p.", *Codice penale commentato online*, 2010, p. 1 ss.

ROSSI, S.: "Contatto sociale (fonte di obbligazione)", *Dig. disc. civ. online*, 2010, p. 1 ss.

RUSCELLO, F.: "Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, num. 2°, p. 402. AULETTA, T.: *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 7 ss.

SALA, M.: "Art. 433, Persone obbligate", *Cod. civ. comm. online*, 2019, p. 3.

SALA, M.: "L'obbligo alimentare fra onere della prova e modalità di adempimento", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, num. 8°, p. 579.

SIRACUSANO, F.: "Violazione degli obblighi di assistenza familiare e giusta causa", *DFP*, 1975, p. 477.

STANZIONE, P.: "Anziani e tutele giuridiche", *Quaderni della rassegna di diritto civile*, Napoli, 1991, p. 22 ss.

PATTI, S.: "Senilità e autonomia negoziale della persona", in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, num. 3°, p. 259.

TAMBURRINO, G.: "Alimenti (dir. civ.)", *Enc. del dir.*, vol. II, 1958, p. 32.

VERCELLONE, P.: "I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi", *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. ZATTI), vol. II, *Filiazione*, 2012, p. 951;

VIGNUDELLI, L.: "L'adempimento dell'obbligazione alimentare, fra solidarietà sociale e vincolo giuridico", *Famiglia e Diritto*, 2019, num.12°, p. 1137;

ZACCARIA, A.: "Contatto sociale", *Dig. disc. civ. online*, 2018, p. 3 ss.

